



ROGÉRIO SANCHES CUNHA

Manual de
**DIREITO
PENAL**



PARTE GERAL (arts. 1º ao 120)

VOLUME ÚNICO

► **OBRA ATUALIZADA COM O NOVO CPC E COM AS LEIS**

- **Lei 13.228/2015** – Causa de aumento de pena – Estelionato contra idoso
- **LC 153/2015** – Dispõe sobre recursos do Fundo Penitenciário Nacional
- **Lei 13.188/2015** – Direito de resposta
- **Lei 13.185/2015** – Combate à Intimidação Sistemática – *Bullying*
- **Lei 13.163/2015** – Institui o Ensino Médio nas Penitenciárias
- **Lei 13.146/2015** – Estatuto da Pessoa com Deficiência
- **Lei 13.142/2015** – Cria o Homicídio e a Lesão Corporal Funcional
- **Lei 13.124/2015** – Infrações penais – Repercussão Interestadual ou Internacional
- **Lei 13.106/2015** – Torna Crime fornecer Bebida Alcoólica à Criança ou Adolescente
- **Lei 13.104/2015** – Lei do Feminicídio

4ª Edição | revista, ampliada e atualizada

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

VISIT...

LANZAROTE
Caliente.COM

ROGÉRIO SANCHES CUNHA



Manual de **DIREITO PENAL**

PARTE GERAL (ARTS. 1º AO 120)

VOLUME ÚNICO

4ª Edição | revista, ampliada e atualizada

2016

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

C972m Cunha, Rogério Sanches.
Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 4. ed. rev.,
ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.
560 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-0665-2.

1. Direito penal. 2. Parte geral. I. Título.

CDD 341.5

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

PREFÁCIO

De um Amigo-Editor A um Amigo-Autor

*“O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem.”*
Guimarães Rosa

“A gente não faz amigos, reconhece-os.”
Vinicius de Moraes

Foi preciso coragem para terminar este livro.

A história de Rogério como professor se confunde com a história desta obra.

E a história desta obra se confunde com a história da nossa amizade.

Sem dúvida, um sonho que foi realizado. De ambos.

Testemunhei, por anos, as dificuldades enfrentadas por Rogério.

Sempre que tentava avançar, algo ocorria. Participação ativa no Ministério Público, enfrentamento de “poderosos”, problemas pessoais, questões contratuais, ritmo intenso de aulas, viagens, palestras etc.

Foram 10 anos de superação. São 10 anos de amizade.

Este livro, que teve suas primeiras linhas escritas para serem publicadas pelos tipos desta Editora, quase foi publicado por outra e, por um tempo, ficou ameaçado de nunca sair.

E nesse vai e vem, nossa amizade se fortaleceu.

O contato entre nós, que começou de forma empresarial, editorial, evoluiu com a ideia da publicação do “*Direito Penal – Parte Geral*”, cuja primeira capa foi feita em 2004 e que guardo comigo até hoje e acabou se tornando muito mais do que isso.

O editor que virou amigo. O autor que virou irmão.

Andei com Rogério todo esse caminho. Ajudei no que eu podia. Mesmo quando o livro estava prestes a ser lançado numa Editora concorrente. Sobretudo quando ficou sem esperança de um dia sair.

No final do ano de 2011, por algumas coincidências e por muita vontade de ambos, montamos uma estratégia para que o livro pudesse ser publicado.

Foi então que, como numa tática de guerra, a obra foi tomando forma.

Montamos uma equipe. Pesquisamos bibliografia. Definimos horários nos quais Rogério se dedicaria apenas a escrever.

Ao longo do ano de 2012, pude acompanhar um autor extremamente dedicado, focado e empolgado com o que estava fazendo.

Nunca o tinha visto assim.

Falávamo-nos praticamente todos os dias. De manhã cedo. Tarde da noite.

Ele sempre trazia novidades. Desafiava-me a encontrar esse ou aquele assunto em outros livros.

Vinha com ideias novas.

Doutrinava.

Esta obra vai muito além de um mero compêndio de outras bibliografias já publicadas.

Rogério deixa aqui suas contribuições. Ousa discordar dos seus mestres. Apresenta, sempre que possível, uma nova via.

Organiza o livro de forma completamente diferente. Da sua forma. Do seu jeito.

Com uma linguagem simples, objetiva, mas profunda, o autor presentia seus alunos e ex-alunos com um retrato escrito das suas aulas e abre a oportunidade, para aqueles que nunca tiveram a chance de conhecê-lo como professor, de compulsarem um pouco do seu conhecimento.

Sem descuidar do apuro técnico, Rogério, sempre que possível, apresenta quadros, esquemas, tabelas como forma de ajudar na fixação do conhecimento e no aprendizado.

Trazendo a todo instante a posição de grandes doutrinadores e dos tribunais superiores, ele oferece ao leitor a chance de se manter extremamente atualizado com o que há de mais moderno na doutrina penalista.

Este livro é fruto da aliança entre a inteligência e a determinação.

O resultado não poderia ser melhor.

Cidade de São Salvador da Bahia, início de março de 2013.

RICARDO DIDIER

EDITOR

SUMÁRIO

ÍNDICE DE PERGUNTAS	23
---------------------------	----

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

► Capítulo I

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PENAL	31
--------------------------------------	----

1. Definição.....	31
2. Direito Penal, Ciência do Direito Penal, Criminologia e Política Criminal.....	33
3. Funcionalismo.....	34
4. Categorias do Direito Penal	35
5. “Privatização” do Direito Penal.....	40
6. As velocidades do Direito Penal.....	41

► Capítulo II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL.....	43
--	----

1. Introdução.....	43
2. Vingança Penal	43
2.1. Vingança divina.....	43
2.2. Vingança privada.....	43
2.3. Vingança pública	44
3. Direito Penal na Grécia Antiga	44
4. Direito Penal em Roma	45
5. Direito Penal Germânico	45
6. Direito Penal na Idade Média	46
7. Escolas Penais.....	46
8. História do Direito Penal Brasileiro.....	50

► Capítulo III

FONTES DO DIREITO PENAL	51
-------------------------------	----

1. Introdução.....	51
2. Fonte material do Direito Penal.....	51

3. Fonte formal do Direito Penal	51
3.1. Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna.....	52
4. Fonte informal do Direito Penal (costumes)	54
5. Características e classificação da lei penal.....	56

► *Capítulo IV*

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL	59
1. Introdução.....	59
2. Interpretação extensiva.....	61
3. Interpretação analógica	63
4. Integração da lei penal (analogia)	64

► *Capítulo V*

TEORIA GERAL DA NORMA PENAL	67
1. Princípios e sua relação com o Direito Penal	67
2. Princípios gerais do Direito Penal	68
2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal	68
2.1.1. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	68
2.1.2. Princípio da intervenção mínima	69
2.2. Princípios relacionados com o fato do agente	82
2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato	82
2.2.2. Princípio da legalidade	82
2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco.....	89
2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade	94
2.3. Princípios relacionados com o agente do fato	96
2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal.....	96
2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva.....	96
2.3.3. Princípio da culpabilidade.....	97
2.3.4. Princípio da igualdade	98
2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa).....	99
2.4. Princípios relacionados com a pena	100
2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	100
2.4.2. Princípio da individualização da pena	100
2.4.3. Princípio da proporcionalidade	100
2.4.4. Princípio da pessoalidade	101
2.4.5. Princípio da vedação do "bis in idem"	101

► *Capítulo VI*

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO	103
1. Introdução.....	103
2. Tempo do crime	103
3. Sucessão de leis no tempo	104
3.1. Sucessão de lei incriminadora	105
3.2. <i>Novatio legis in pejus</i>	105
3.3. <i>Abolitio criminis</i>	106
3.4. <i>Novatio legis in melius</i>	107
3.5. Princípio da continuidade normativo-típica	111
4. Lei temporária e lei excepcional.....	112
4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais.....	113
5. Lei penal no tempo: questões complementares.....	114
5.1. Retroatividade da jurisprudência	114
5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco	115
5.3. Lei intermediária.....	116

► *Capítulo VII*

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO	119
1. Princípios aplicáveis e territorialidade	119
2. Lugar do crime.....	122
3. Extraterritorialidade.....	123
4. Pena cumprida no estrangeiro.	126

► *Capítulo VIII*

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS	127
1. Introdução.....	127
2. Imunidades diplomáticas	127
3. Imunidades parlamentares	129
3.1. Imunidade parlamentar absoluta (freedom of speech)	129
3.2. Imunidade parlamentar relativa	131
3.2.1. Relativa ao foro	131
3.2.2. Relativa à prisão.....	132
3.2.3. Relativa ao processo.	133
3.2.4. Relativa à condição de testemunha	134
3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio	135

3.4. Imunidades do parlamentar licenciado	135
3.5. Imunidades dos deputados estaduais.....	135
3.6. Imunidades dos vereadores	136
3.7. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri	137

► *Capítulo IX*

DISPOSIÇÕES FINAIS.....	139
1. Eficácia da sentença estrangeira.....	139
2. Contagem do prazo.....	140
3. Frações não computáveis da pena.....	141
4. Conflito aparente de normas.....	141
4.1. Especialidade (<i>lex specialis derogat legi generali</i>)	142
4.2. Subsidiariedade (<i>lex primaria derogat legi subsidiariae</i>)	143
4.3. Consunção (<i>lex consumens derogat legi consumptae</i>)	144

Parte 2

TEORIA GERAL DO CRIME

► *Capítulo I*

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO CRIME	149
1. Introdução.....	149
2. Infração penal, crime, delito e contravenção penal.....	149
3. Diferenças entre crime e contravenção penal.....	151
3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta.....	151
3.2. Quanto à espécie de ação penal.....	151
3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa	151
3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira	151
3.5. Quanto à competência para processar e julgar	152
3.6. Quanto ao limite das penas.....	152
3.7. Quanto ao período de prova do sursis	152
3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária	152
3.9. Quanto à possibilidade de confisco	152
3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei.....	153
4. Sujeitos (ativo e passivo) do crime	153
5. Objetos (material e jurídico) do crime material.....	161
6. Classificação doutrinária de crimes.....	164

6.1. Crime material, formal e de mera conduta	164
6.2. Crime comum, próprio e de mão própria	165
6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso	165
6.4. Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes	166
6.5. Crime consumado e tentado	166
6.6. Crime de dano e de perigo	166
6.7. Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado	167
6.8. Crime plurissubjetivo e unissubjetivo	168
6.9. Crime comissivo e omissivo	168
6.10. Crime unissubsistente e plurissubsistente	169
6.11. Crime habitual	169
6.12. Outras classificações	169
7. Substratos do crime	176

► Capítulo II

FATO TÍPICO	177
1. Introdução	177
2. Conduta	177
2.1. Teoria Causalista	178
2.2. Teoria Neokantista	180
2.3. Teoria Finalista	182
2.4. Teoria social da ação	185
2.5. Teorias funcionalistas	186
2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal	186
2.5.2. Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista	187
2.6. Teoria da ação significativa	190
2.7. Características e elementos da conduta	190
2.8. Causas de exclusão da conduta	191
2.8.1. Caso Fortuito ou de Força Maior	191
2.8.2. Involuntariedade	192
2.8.3. Coação física irresistível (vis absoluta)	193
2.9. Formas de conduta	193
2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente	193
2.9.1.1. Do crime doloso	193
2.9.1.2. Do crime culposo	199
2.9.1.3. Do crime preterdoloso	208

2.9.2.	Erro de tipo.....	210
2.9.2.1.	Erro de tipo x Erro de proibição	210
2.9.2.2.	Erro de tipo: espécies	211
2.9.2.3.	Erro de tipo: questões complementares.....	218
2.9.3.	Quanto ao modo de execução.....	221
2.9.3.1.	Crime comissivo.....	221
2.9.3.2.	Crime omissivo.....	221
2.9.3.3.	Crime de conduta mista.....	227
3.	Resultado.....	228
4.	Nexo causal.....	232
4.1.	Conceito.....	232
4.2.	Concausas	234
4.3.	A teoria da imputação objetiva.....	238
4.3.1.	Criação ou incremento de um risco proibido.....	241
4.3.2.	Realização do risco no resultado.....	242
4.3.3.	Resultado se encontra dentro do alcance do tipo.....	243
4.4.	Causalidade nos crimes omissivos.....	243
5.	Tipicidade penal.....	245
5.1.	Evolução da tipicidade penal.....	245
5.2.	Tipicidade conglobante.....	246
5.3.	Espécies de tipicidade formal	247
5.4.	Tipo penal: elementos	248
5.5.	Tipo penal: modalidades	250

► Capítulo III

ILICITUDE	253
1. Conceito.....	253
2. Relação entre tipicidade e ilicitude	254
3. Causas excludentes da ilicitude (descriminantes ou justificantes).....	256
3.1. Estado de necessidade.....	258
3.1.1. Requisitos do estado de necessidade	259
3.1.2. Estado de necessidade e erro na execução.....	264
3.2. Legítima defesa.....	264
3.2.1. Requisitos da legítima defesa.....	265
3.2.2. Legítima defesa e erro na execução.....	269
3.3. Estrito cumprimento de um dever legal.....	270
3.4. Exercício regular de um direito	271

3.4.1. A problemática dos “ofendículos”	272
3.5. Consentimento do ofendido.....	273
4. Excesso nas justificantes	276
5. Descriminante putativa.....	278
► <i>Capítulo IV</i>	
CULPABILIDADE	281
1. Conceito.....	281
2. Teorias da culpabilidade	283
2.1. Teoria psicológica da culpabilidade	283
2.2. Teoria psicológica normativa	283
2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade (ou extremada da culpabilidade)..	284
2.4. Teoria limitada da culpabilidade.....	284
2.5. Teoria da coculpabilidade	285
3. A culpabilidade do autor x culpabilidade do fato	286
4. Culpabilidade formal e material.....	287
5. Elementos da culpabilidade	287
5.1. Imputabilidade.....	287
5.1.1. Causas de imputabilidade	289
5.1.2. A imputabilidade do índio não integrado	295
5.1.3. A emoção e paixão.....	296
5.1.4. A constatação da imputabilidade	296
5.2. Potencial consciência da ilicitude	297
5.2.1. Erro de proibição.....	298
5.2.1.1. Espécies de erro de proibição	300
5.2.1.2. Erro de proibição e erro de tipo	301
5.3. Exigibilidade de conduta.....	301
5.3.1. Coação irresistível.....	302
5.3.1.1. Requisitos da coação irresistível	302
5.3.2. Obediência hierárquica	303
5.3.2.1. Requisitos da obediência hierárquica.....	304
5.3.3. Dirimentos supralegais	306
5.4. Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade	307
► <i>Capítulo V</i>	
PUNIBILIDADE	309
1. Conceito.....	309

2. Causas de extinção da punibilidade.....	310
2.1. Morte do agente.....	312
2.2. Anistia, graça e indulto.....	313
2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados.....	314
2.3. “Abolitio criminis”.....	316
2.4. Decadência.....	316
2.5. Perempção.....	318
2.6. Prescrição.....	318
2.6.1. Conceito.....	318
2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade.....	319
2.6.3. Prescrição: fundamentos.....	320
2.6.4. Prescrição: espécies.....	320
2.6.4.1. Prescrição da pretensão punitiva.....	320
2.6.4.2. Prescrição da pretensão executória (PPE).....	334
2.6.5. Prescrição e atos infracionais.....	338
2.6.6. A prescrição da pena de multa.....	338
2.6.7. A redução dos prazos prescricionais.....	339
2.7. Renúncia ao direito de agir.....	340
2.8. Perdão (aceito) do ofendido.....	341
2.9. Retratação do agressor.....	342
2.10. Perdão judicial.....	343

► Capítulo VI

“ITER CRIMINIS”.....	345
1. Introdução.....	345
2. Fases do crime.....	345
2.1. Cogitação.....	345
2.2. Atos preparatórios.....	346
2.3. Atos executórios.....	346
2.4. Consumação.....	348
3. Crime consumado.....	348
4. Da tentativa.....	350
4.1. Infrações penais que não admitem tentativa.....	353
5. Desistência voluntária e arrependimento eficaz.....	355
5.1. Desistência voluntária.....	357
5.2. Arrependimento eficaz.....	359
6. Arrependimento posterior.....	360

6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa	362
7. Crime impossível.....	365

► *Capítulo VII*

CONCURSO DE PESSOAS NA PRÁTICA DE CRIMES	369
1. Introdução.....	369
2. Conceito.....	369
3. Requisitos.....	370
4. Formas de praticar o crime quanto ao sujeito	372
4.1. Autoria (<i>Animus auctoris</i>).....	372
4.2. Autoria mediata	375
4.3. Autoria colateral.....	379
4.4. Multidão delinquente.....	380
4.5. Coautoria	381
4.6. Participação (<i>Animus socii</i>)	382
4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva.....	384
4.6.2. Participação negativa	384
5. Concurso de pessoas em crimes culposos	385
6. Concurso de pessoas em crimes omissivos	385
7. Punibilidade no concurso de pessoas.....	387
8. Participação de menor importância	387
9. Participação dolosamente distinta.....	389
10. Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares	390
11. Participação impunível	391

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

► *Capítulo I*

CONCEITO E FUNDAMENTOS DE PENA	395
1. Introdução.....	395
2. Finalidades (ou funções) da pena.....	395
2.1. Finalidade da pena no Brasil	396
3. Justiça restaurativa.....	398
4. Princípios informadores da pena	399
5. Penas proibidas no Brasil	405
6. Penas permitidas no Brasil	408

► *Capítulo II*

APLICAÇÃO DA PENA.....	411
1. Introdução.....	412
2. Fixação da pena privativa de liberdade.....	412
3. Primeira fase de aplicação da pena.....	413
3.1. Culpabilidade do agente.....	415
3.2. Antecedentes do agente.....	415
3.3. Conduta social do agente.....	417
3.4. Personalidade do agente.....	418
3.5. Motivos do crime.....	418
3.6. Circunstâncias do crime.....	418
3.7. Consequências do crime.....	418
3.8. Comportamento da vítima.....	418
4. Segunda fase de aplicação da pena.....	419
4.1. Das agravantes.....	420
4.1.1. Reincidência (art. 61, I).....	422
4.1.2. Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, "a").....	426
4.1.3. Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, "b") ...	427
4.1.4. Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, "c").....	427
4.1.5. Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, de o que possa resultar perigo comum (art. 61, II, "d").....	427
4.1.6. Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e").....	428
4.1.7. Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, "f").....	428
4.1.8. Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, "g").....	430
4.1.9. Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, "h").....	430
4.1.10. Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, "i").....	431
4.1.11. Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, "j").....	431

4.1.12.	Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, "I")	431
4.1.13.	Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62)	432
4.2.	Das atenuantes.....	432
4.2.1.	Menoridade (art. 65, I, 1ª parte)	434
4.2.2.	Senilidade (art. 65, I, 2ª parte).....	434
4.2.3.	O desconhecimento da lei (art. 65, II)	435
4.2.4.	Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, "a")	435
4.2.5.	Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento reparado o dano (art. 65, III, "b").....	436
4.2.6.	Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, "c")	437
4.2.7.	Confessado espontaneamente perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, "d").....	437
4.2.8.	Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, "e")	439
4.2.9.	Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66).....	440
5.	Terceira fase de aplicação da pena	440
5.1.	Concurso (homogêneo) de causas de aumento	442
5.2.	Concurso (homogêneo) de causas de diminuição.....	443
5.3.	Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição	444
6.	Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade	444
6.1.	Regime fechado	445
6.2.	Regime semiaberto	447
6.3.	Regime aberto.....	448
6.4.	Pena de reclusão.....	448
6.5.	Pena de detenção.....	450
6.6.	Pena de prisão simples.....	450
6.7.	Regime de cumprimento de pena do índio	451
6.8.	Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher	451
6.9.	Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração	451
7.	Penas e medidas alternativas à prisão	453
7.1.	As penas restritivas de direitos	454
7.1.1.	Introdução	454
7.1.2.	Restritivas de direitos: espécies	454

7.1.3.	Restritivas de direitos: características	459
7.1.4.	Restritivas de direitos: requisitos	460
7.1.5.	Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados)	460
7.1.6.	Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento ilegal	461
7.1.7.	Penas restritivas de direitos x crime de roubo	462
7.1.8.	Penas restritivas de direitos x crimes militares	462
7.1.9.	Restritivas de direitos: regras da substituição	463
7.1.10.	Restritivas de direitos: conversão	463
7.2.	A pena de multa	465
7.2.1.	Introdução	465
7.2.2.	Aplicação da pena de multa	466
7.2.3.	Pagamento (voluntário) da multa	468
7.2.4.	Não pagamento da pena de multa	469
7.2.5.	Causas de suspensão e interrupção da prescrição da pena de multa	471
7.2.6.	Cumulação de penas de multa	471
7.2.7.	A multa e a Lei Maria da Penha	472
7.2.8.	Pena de multa e prestação pecuniária: distinções	472
7.3.	A suspensão condicional da pena ("sursis")	472
7.3.1.	Conceito e natureza jurídica	472
7.3.2.	Sistemas	473
7.3.3.	Espécies, requisitos e condições	474
7.3.4.	Revogação	477
7.3.5.	Cassação	479
7.3.6.	Prorrogação	479
7.3.7.	Extinção	480
7.4.	Livramento condicional	481
7.4.1.	Conceito e natureza jurídica	481
7.4.2.	Requisitos	482
7.4.2.1.	Objetivos	482
7.4.2.2.	Subjetivos	484
7.4.3.	Condições	485
7.4.3.1.	Obrigatórias	485
7.4.3.2.	Facultativas	486
7.4.4.	Concessão e execução	486

7.4.5.	Revogação	487
7.4.5.1.	Obrigatória.....	488
7.4.5.2.	Facultativa	489
7.4.6.	Prorrogação.....	489
7.4.7.	Extinção.....	490
► <i>Capítulo III</i>		
CONCURSO DE CRIMES	491	
1.	Conceito.....	491
2.	Sistemas de aplicação da pena para o concurso de crimes	492
3.	Concurso material	492
3.1.	Condenação a penas de reclusão e detenção	493
3.2.	Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos.....	493
3.3.	Concurso material e penas restritivas de direitos.....	493
4.	Concurso formal.....	494
5.	Continuidade delitiva.....	496
5.1.	Crime continuado genérico ou comum.....	497
5.2.	Crime continuado específico	500
6.	Questões complementares	502
6.1.	Concurso de crimes e prescrição.....	502
6.2.	Concurso de crimes e suspensão condicional do processo.....	502
6.3.	Concurso de crimes e pena de multa.....	503
6.4.	Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais	503
6.5.	Concurso de crimes e Lei nº 12.403/2011	504
6.6.	Concurso de crimes na execução penal.....	504
► <i>Capítulo IV</i>		
DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	505	
1.	Conceito, fundamentos e finalidade das medidas de segurança	505
2.	Princípios informadores das medidas de segurança	506
3.	Espécies de medida de segurança	507
4.	Pressupostos da medida de segurança	508
5.	Aplicação das medidas de segurança	509
5.1.	Duração da medida de segurança	509
5.2.	Perícia médica.....	510
6.	Desinternação ou liberação condicional.....	510
7.	Reinternação do agente.....	511

8. Conversão da pena em medida de segurança.....	511
9. Internação cível	513
10. Extinção da punibilidade e medida de segurança	513
11. Medida de segurança provisória.....	515

► Capítulo V

EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....	517
1. Introdução.....	517
2. Efeitos extrapenais genéricos	517
2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar	518
2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime	518
3. Efeitos extrapenais específicos.....	520
3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.....	521
3.1.1. Efeitos administrativos da condenação.....	521
3.1.2. Efeitos políticos da condenação.....	521
3.2. Incapacidade para o exercício do pátrio poder (poder familiar), tutela ou curatela	524
3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.....	525
4. Efeito da condenação na legislação extravagante	526
4.1. Lei de Tortura	526
4.2. Lei de Organização Criminosa	526
4.3. Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial.....	526
4.4. Lei de Lavagem de Capitais.....	527
4.5. Lei de Falência	527
4.6. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal	527

► Capítulo VI

REABILITAÇÃO.....	529
1. Conceito e Cabimento	529
1.1. Assegurar sigilo das condenações.....	529
1.2. Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP).....	530
2. Requisitos	531
3. Revogação.....	531
4. Competência e recurso.....	532
5. Reabilitação e pluralidade de condenações.....	532

► *Capítulo VII*

AÇÃO PENAL	533
1. Introdução.....	533
2. Características do direito de ação.....	533
3. Condições da ação.....	534
4. Classificação da ação penal.....	535
4.1. Ação penal pública incondicionada.....	536
4.2. Ação penal pública condicionada.....	537
4.2.1. Da representação do ofendido.....	537
4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça.....	540
4.3. Ação penal de iniciativa privada.....	542
4.3.1. Ação penal exclusivamente privada.....	542
4.3.2. Ação penal privada personalíssima.....	545
4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública.....	546
4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada:.....	547
4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP).....	550
4.5. Ação penal nos crimes contra a honra.....	550
4.6. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.....	551
BIBLIOGRAFIA	555

ÍNDICE DE PERGUNTAS

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

☒ Costumes criam infrações penais?	55
☒ Costumes revogam infrações penais?	55
☒ Qual, então, a finalidade do costume no ordenamento jurídico-penal?	56
☒ Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime permanente ou crime continuado, sobrevém lei mais grave?	105
☒ Como ficam os efeitos da condenação na hipótese de “abolitio criminis”?	107
☒ Depois do trânsito em julgado, qual o juiz competente para aplicar a lei penal mais benéfica?	108
☒ É possível a aplicação da lei penal mais benéfica durante o seu período de “vacatio legis”?	108
☒ Como proceder em caso de dúvida sobre qual a lei penal mais benéfica?	109
☒ Para beneficiar o réu, admite-se combinação de leis penais?	110
☒ A título de exemplo, imagine-se que a lei A disponha sobre determinado crime prevendo a pena de 2 a 4 anos e multa, enquanto a lei B, passando a disciplinar o mesmo crime, preveja pena de 4 a 8 anos, sem a previsão de multa. É possível conjugar a lei A com a lei B para punir o réu com pena de 2 a 4 anos e sem multa (combinando as partes favoráveis de ambas as leis)?	110
☒ Embaixada é extensão do território que representa?	121
☒ Aplica-se a lei brasileira ao crime cometido a bordo de embarcação privada estrangeira de passagem pelo mar territorial brasileiro?	121
☒ CAIO, autor de homicídio executado no estrangeiro, foge e retorna ao território brasileiro antes do fim das investigações. A lei brasileira alcança este fato?	125

☑ CAIO será processado e julgado no Brasil pela Justiça Federal ou Estadual?	125
☑ Qual a comarca competente para o processo e julgamento?	126
☑ O diplomata não deve obediência à nossa Lei?	128
☑ Quais os limites da imunidade parlamentar material?	130
☑ Cabe prisão civil contra o Congressista devedor de alimentos?	133

Parte 2

TEORIA GERAL DO CRIME

☑ Quais as consequências ao se adotar (ou optar) pela etiqueta de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano indesejado pelo meio social?	150
☑ Pessoa jurídica pode figurar como sujeito ativo de crime?	154
☑ E se, constatada a prática de um crime, a pessoa jurídica for dissolvida durante a apuração ou o processo criminal?	157
☑ Pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada penalmente por delito ambiental?	157
☑ Pode o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime?	161
☑ É possível crime sem objeto material?	162
☑ O que se entende por crime ultra complexo?	167
☑ A conduta, como acabamos de apresentar, é um dos elementos do fato típico, e, uma vez ausente, não se pode falar em crime (<i>nullum crimen sine conducta</i>). Mas o que vem a ser, efetivamente, conduta?	177
☑ Qual teoria (da conduta) foi seguida pelo nosso Código Penal?	189
☑ Quais as diferenças entre a culpa consciente e dolo eventual?	204
☑ E o racha (competição de veículos automotores em via pública sem autorização legal)? Dolo eventual ou culpa consciente?	205
☑ Como tratar o atropelamento praticado por motorista embriagado?	205
☑ Existe compensação de culpas no Direito Penal?	207

☑ E a concorrência de culpas?	207
☑ O reincidente em crime preterdoloso deve ser tratado como reincidente em crime doloso ou culposos?	209
☑ Como aferir a (in)evitabilidade do erro?	212
☑ Qual resultado (naturalístico ou normativo) integra o crime?.....	230
☑ Na relação tipicidade x ilicitude, qual teoria norteia nosso ordenamento jurídico?	255
☑ A decisão de arquivamento do inquérito policial com fundamento na exclusão da ilicitude faz coisa julgada material?.....	257
☑ O estado de necessidade é faculdade ou direito?	258
☑ Quais personagens possuem esse dever?	260
☑ Cabe estado de necessidade em crime habitual e permanente?.....	263
☑ O furto famélico é crime?	263
☑ É possível estado de necessidade contra estado de necessidade?	263
☑ O estado de necessidade é comunicável?	264
☑ É possível legítima defesa no crime de rixa?.....	267
☑ É possível legítima defesa recíproca?	269
☑ Admite-se legítima defesa contra quem age em estado de necessidade?.....	269
☑ O particular pode invocar a discriminante do estrito cumprimento do dever legal?.....	271
☑ A integridade física é bem jurídico disponível?	275
☑ É possível o consentimento do ofendido nos crimes culposos?	276
☑ As discriminantes putativas retratam qual espécie de erro?	278
☑ O sonambuloso é considerado portador de doença mental?	289
☑ E o surdo-mudo?	289
☑ E o erro sobre elementos normativos do tipo?	300
☑ Então é possível crime sem punibilidade (sem efeito)?	309

☒ Aos crimes hediondos e equiparados, admite-se o indulto humanitário, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde do requerente?	315
☒ Qual o interesse do Estado continuar agindo se, ao final, já antevê a extinção do seu direito de punir?	333
☒ Qual a diferença entre o início da execução (punível) e a fase anterior (atos preparatórios, em regra impuníveis)?	346
☒ O que vem a ser crime exaurido?	349
☒ Como se dá a punição do crime tentado?	350
☒ O que se entende por tentativa supersticiosa ou irreal?	352
☒ É possível tentativa na culpa imprópria?	353
☒ É possível tentativa no dolo eventual?	355
☒ E a tentativa nos crimes de ímpeto?	355
☒ A violência imprópria (que, sem o emprego efetivo de força física ou grave ameaça, também atinge a capacidade de resistência da vítima,) impede a causa de redução de pena prevista no art. 16 do CP?	357
☒ A reparação do dano, requisito do arrependimento posterior, se comunica ao corréu?	363
☒ A recusa da vítima, não aceitando o valor de reparação ofertado pelo autor, impede o arrependimento posterior?	364
☒ Qual a diferença entre crime impossível e delito putativo?	367
☒ Todos os concorrentes do evento ilícito responderão pela mesma infração penal?	371
☒ É possível autoria mediata nos crimes culposos?	376
☒ E nos crimes próprios e de mão própria?	376
☒ É possível coautoria em crime próprio?	381
☒ E nos crimes de mão própria?	381
☒ É possível coautoria em crime omissivo próprio?	386
☒ Cabe participação em crime omissivo impróprio?	387

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

☑	Erão o que configura maus antecedentes?.....	416
☑	Existe limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência)?	417
☑	E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes? ...	420
☑	Qual a ordem de preponderância no concurso de agravantes e atenuantes?.....	420
☑	As agravantes sempre agravam a pena?	420
☑	As agravantes incidem em todos os crimes?	421
☑	Agravante não articulada na denúncia pode ser reconhecida?.....	422
☑	Condenação passada pode servir como maus antecedentes e, ao mesmo tempo, agravante da reincidência?.....	426
☑	O instituto da reincidência, por si só, não caracteriza bis in idem?.....	426
☑	A vingança é motivo torpe?	427
☑	As atenuantes sempre atenuam a pena?	432
☑	As atenuantes incidem em todos os crimes?.....	434
☑	Cabe a atenuante quando a confissão é qualificada (ou somente quando simples)?.....	437
☑	É possível a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea do réu?.....	438
☑	O "sursis" é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?	454
☑	Qual o prazo da pena restritiva?	459
☑	O autor de crime preterdoloso, para valer-se dos benefícios da substituição da prisão por penas alternativas, deve preencher os requisitos do crime doloso ou culposos?	460
☑	Presentes os requisitos legais, pode o magistrado substituir a pena de prisão por outra multa, cumulando, portanto, a multa substitutiva da prisão com a multa principal?	471

☑ A substituição da prisão por penas alternativas é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?.....	473
☑ Existe algum tipo de “sursis” incondicionado?.....	475
☑ É possível “sursis” sucessivos e simultâneos?	480
☑ Cabe a medida alternativa do “sursis” para estrangeiro?	481
☑ A falta grave interrompe o prazo para o livramento?	483
☑ No crime continuado é indispensável a homogeneidade subjetiva?.....	499
☑ Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime continuado, sobrevém lei mais grave?	501
☑ Aplica-se continuidade delitiva em crimes contra a vida?	501
☑ Admite-se, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal?.....	501
☑ E no caso de agente capaz na data da conduta, mas que desenvolve anomalia psíquica no curso da execução da pena (superveniência de doença mental)?	511
☑ O que fazer quando escoado o limite de internação e a periculosidade do agente persistir?	513
☑ E se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver localizado no exterior?.....	519
☑ Ora, se a LEP já assegura o sigilo, bastando o cumprimento ou extinção da pena, qual é a utilidade da reabilitação nesse ponto?.....	529
☑ A reabilitação impede a reincidência de crime futuro?	531
☑ Como saber qual ação penal a ser utilizada para perseguir a pena de determinado crime?	536
☑ E no caso de vítima com 17 anos casada, quem representa?	539
☑ Nos casos em que a ação penal de iniciativa privada passou para pública, devem os fatos anteriores ser descritos em queixa-crime, oferecida pela vítima, ou em denúncia, proposta pelo Ministério Público?	551
☑ Por fim, qual a ação penal nos casos em que da violência resulta na vítima lesão grave ou morte?	552

Parte 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

Capítulo I

NOÇÕES GERAIS DE DIREITO PENAL

Sumário • 1. Definição; 2. Direito Penal, Ciência do Direito Penal, Criminologia e Política Criminal; 3. Funcionalismo; 4. Categorias do Direito Penal; 5. "Privatização" do Direito Penal; 6. As velocidades do Direito Penal

1. DEFINIÇÃO

A etiqueta "Direito Penal" é criticada por parcela da doutrina. **BASILEU GARCIA**, por exemplo, alega que:

"A insuficiência da locução Direito Penal por não abranger um dos dois grandes grupos de providências de combate à criminalidade – o das medidas de segurança, cuja natureza preventiva as distingue das penas, de finalidade primordialmente repressiva. Pretende-se que seria mais apropriado dizer Direito Criminal"¹.

Não obstante a crítica, deve-se preferir a expressão Direito Penal, seja porque assim está referida na Constituição Federal (v.g. art. 62, §1º, I, b, CF/88), seja porque temos um Código Penal (e não Criminal). Ademais, é esta a expressão adotada pela doutrina majoritária, tanto no Brasil quanto em outros países².

Superada a controvérsia (sem interesse prático) acerca da terminologia, partimos, agora, para a definição, lembrando que conceito de Direito Penal perpassa por três aspectos:

(A) sob o **aspecto formal ou estático**, Direito Penal é um **conjunto de normas** que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais (crime ou contravenção), define os seus agentes e fixa as sanções (pena ou medida de segurança) a serem-lhes aplicadas³.

1. *Instituições de Direito Penal* – Vol. 1. Tomo I. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03.

2. "[...] é generalizada a preferência pela designação Direito Penal, não só no Brasil como em outros países. *Diritto Penale* – em italiano, *Derecho Penal* – em espanhol, *Droit Pénal* – em francês, são expressões encontradas muito mais frequentemente do que *Diritto Criminale*, *Derecho Criminal*, *Droit Criminel*. Para essa predileção mais externa concorre, sem dúvida, a circunstância de que a punibilidade aparece como o característico de maior projeção objetiva ao cuidar-se do crime." (GARCIA, Basileu. Ob. cit., p. 3).

3. Paulo Queiroz, ao dissertar sobre o assunto, traz diversas conceituações doutrinárias de Direito Penal: "Von Liszt define-o como o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência; Mezger, como o exercício do poder punitivo do Estado, que conecta ao delito, como pressuposto, a pena, como consequência jurídica; Welzel, como a 'parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delitosa e lhe impõe penas ou

(B) sob o **aspecto material** o Direito Penal refere-se a **comportamentos** considerados **altamente reprováveis** ou **danosos** ao organismo social, afetando bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (nesse sentido, Luiz Régis Prado).

(C) sob o **aspecto sociológico ou dinâmico**, o Direito Penal é mais um **instrumento de controle social** de comportamentos desviados (ao lado dos outros ramos, como Constitucional, Civil, Administrativo, Comercial, Tributário, Processual, etc.), visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.

A manutenção da paz social, que propicia a regular convivência humana em sociedade, demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes que, impostas aos indivíduos, determinam ou proíbem determinadas comportamentos. Quando violadas as regras de condutas, surge para o Estado o poder (dever) de aplicar as sanções, civis e/ou penais.

Nessa tarefa (controle social) atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua medida sancionadora capazes de inibir novos atos contrários à ordem social. Todavia, temos condutas que, por atentarem (de forma relevante e intolerável) contra bens jurídicos especialmente tutelados, determinam reação mais severa por parte do Estado, que passa a cominar sanções de caráter penal, regidas pelo Direito Penal.

O que **diferencia** uma norma penal das demais impostas coativamente pelo Estado é a espécie de **consequência jurídica** que traz consigo (*cominação das penas e medidas de segurança*).

Em razão disso, deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

Vigora no Direito Penal o **princípio da intervenção mínima**, o qual orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Completa BITENCOURT:

medidas de segurança'. Wessels dá uma definição mais completa: 'por Direito Penal designa-se a parte do ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade, bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento de segurança'. Entre nós, Frederico Marques assinala, com razão, que, para se ter uma noção exata, é imprescindível que nela se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena, apresentando, por isso, o seguinte conceito: 'conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência, e disciplina, também, outras relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado'" (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02-03).

“Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”⁴.

2. DIREITO PENAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL.

Vimos que Direito Penal é o conjunto de normas com a missão de elevar certos comportamentos humanos à categoria de infrações penais, cominando sanções àqueles que os praticam, sendo natural a existência de uma ciência apta a organizar métodos de interpretação e correta aplicação dessas mesmas normas jurídicas.

Entretanto, há de se ressaltar que a Ciência do Direito Penal **não** se limita, de forma pura e simples, a abstrair da norma o seu significado, e, a partir daí, conferir-lhe aplicação abstrata.

Em plano mais abrangente, deve essa disciplina se ater às manifestações sociais da conduta criminosa e às condições pessoais daquele que a pratica.

Nas palavras de ANÍBAL BRUNO deve ser uma ciência

“Que sem deixar de ser essencialmente jurídica, se alimenta da substância das coisas: da realidade social e dos aspectos fenomênicos do crime, para o fim de compreender melhor o próprio Direito vigente e favorecer-lhe a sua missão prática de disciplina da criminalidade”⁵.

Ao lado do Direito Penal e da Ciência do Direito Penal, encontra-se o gênero “**ciências penais**”, preocupando-se “com a delinquência como fato natural, procurando apontar-lhe as causas, com o emprego do método positivo, de observação e experimentação”⁶. Integram esse grupo a Criminologia e a Política Criminal⁷.

A **Criminologia** é ciência **empírica** que estuda o crime, a pessoa do criminoso, da vítima e o comportamento da sociedade. Não se trata de uma ciência teleológica, que analisa as raízes do crime para discipliná-lo, mas de uma ciência causal-explicativa, que retrata o delito enquanto fato, perquirindo as suas origens, razões da sua existência, os seus contornos e forma de exteriorização.

4. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

5. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 41.

6. Ob. cit., p. 67.

7. Também fazem parte das ciências penais a antropologia criminal, a psicologia e a psiquiatria criminais, a sociologia criminal, estatística criminal e penalologia.

A Criminologia “visa o conhecimento do crime como fenômeno individual e social. Estuda-o, bem como ao seu autor, sob os aspectos bio-sociológicos”⁸. Não por outro motivo, este ramo da ciência penal abarca a Biologia Criminal (que, por sua vez, engloba a Antropologia Criminal, a Psicologia e Psiquiatria criminais) e a Sociologia Criminal.

A **Política Criminal**, por sua vez, tem no seu âmago a específica finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). É característica da Política Criminal a posição de **vanguarda** em relação ao direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada⁹.

	Direito penal	Criminologia	Política criminal
Finalidade	Analisando fatos humanos indesejados, define quais devem ser rotulados como infrações penais, anunciando as respectivas sanções.	Ciência empírica que estuda o crime, a pessoa do criminoso, da vítima e o comportamento da sociedade	Trabalha as estratégias e meios de controle social da criminalidade.
Objeto	O crime enquanto norma	O crime enquanto fato	O crime enquanto valor
Exemplo	O Direito Penal define o crime de homicídio	A Criminologia estuda o fenômeno do homicídio, o agente homicida, a vítima e o comportamento da sociedade	A Política Criminal estuda formas de diminuir o homicídio

3. FUNCIONALISMO

O funcionalismo¹⁰ é um movimento da atualidade, uma corrente doutrinária que visa analisar a real função do Direito Penal. Muito embora não haja pleno consenso acerca da sua teorização, sobressaem-se dois segmentos importantes: o **funcionalismo teleológico** e o **funcionalismo sistêmico**.

Para o **funcionalismo teleológico (ou moderado)**, que tem como maior expoente **CLAUS ROXIN**, a função do Direito Penal é **assegurar bens jurídicos**, assim considerados aqueles valores indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, valendo-se de medidas de política criminal.

Já de acordo com o **funcionalismo sistêmico (ou radical)**, defendido por **GÜNTHER JAKOBS**, a função do Direito Penal é a de **assegurar o império da norma**, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema.

Nesta linha de raciocínio, para **JAKOBS**

8. Ob. cit., p. 82.

9. Ob. cit., p. 49.

10. As correntes funcionalistas serão estudadas de forma mais aprofundada em tópico próprio.

“aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.

Surge assim o **Direito Penal do Inimigo**, cuidando de maneira própria o infiel ao sistema, aplicando-se-lhe não o Direito, “vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres”, mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão¹¹.

Na doutrina brasileira prevalece o entendimento de que o Direito Penal serve, efetivamente, para assegurar bens jurídicos (teoria iniciada por **Birnbaum**, em 1834), sem desconsiderar a sua missão indireta (ou mediata): o controle social e a limitação do poder punitivo estatal.

A seleção dos bens jurídicos a serem tutelados terá como norte a Constituição Federal, Carta que exerce um duplo papel: orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade e, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com a suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados na Bíblia Política do Estado.

4. CATEGORIAS DO DIREITO PENAL

A doutrina divide o Direito Penal em categorias, destacando-se:

A) Direito Penal Substantivo e Direito Penal Adjetivo.

Direito Penal substantivo corresponde ao direito material, que cria as figuras criminosas e contravençionais, enquanto o **Direito Penal adjetivo**, que seria o direito processual, trata das normas destinadas a instrumentalizar a atuação do Estado diante da ocorrência de um crime.

Atualmente, no entanto, a distinção não apresenta razão (ou qualquer interesse prático), ante o reconhecimento do Direito Processual Penal como ramo autônomo, dotado de regras e princípios próprios.

(B) Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo.

Direito Penal objetivo (ou “*jus poenale*”) traduz o conjunto de leis penais em vigor no país, devendo observar a legalidade (princípio analisado em tópico próprio). **Direito Penal subjetivo** (ou “*jus puniendi*”) refere-se ao direito de punir do Estado, ou seja, a capacidade que o Estado tem de produzir e fazer cumprir suas normas¹².

11. JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23. O inimigo da contemporaneidade é, para Jakobs, o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

12. Em que pese o interesse teórico de tal diferenciação, na prática um sempre estará atrelado ao outro, exercendo o Estado seu direito de punir apenas e tão somente com base nas normas postas, por ele

O **Direito Penal subjetivo** pode ser subdividido em: (i) **Direito Penal subjetivo positivo**, que vem a ser capacidade conferida ao Estado de criar e executar normas penais¹³; e (ii) **Direito Penal subjetivo negativo**, caracterizado pela faculdade de derrogar preceitos penais ou restringir o alcance das figuras delitivas, atividade que cabe preponderantemente ao STF, por meio da declaração de inconstitucionalidade de normas penais.

O poder punitivo do Estado, contudo, **não é incondicionado**, encontrando limites assim resumidos nos seus principais aspectos:

(i) quanto ao **modo**: o direito de punir deve respeito aos direitos e garantias fundamentais¹⁴, observando, por exemplo, o princípio da humanização das penas, bem com da dignidade da pessoa humana;

(ii) quanto ao **espaço**: em regra, aplica-se a lei penal somente aos fatos praticados apenas no território brasileiro, prova da nossa soberania;

(iii) quanto ao **tempo**: o direito de punir não é eterno, sendo, em regra, limitado no tempo pelo instituto da prescrição (causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107 do Código Penal).

A este respeito, **PAULO CÉSAR BUSATO** bem lembra que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso desse poder de castigar através de emprego da lei. Sua tarefa legislativa, e de aplicação da legislação, encontram-se limitadas por uma série de balizas normativas formadas por postulados, princípios e regras, tais como a legalidade, a necessidade, a imputação subjetiva, a culpabilidade, a humanidade, a intervenção mínima, e todos os demais direitos e garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a necessidade de castigo¹⁵.

É sabido, ainda, que o *jus puniendi* é de titularidade **exclusiva** do Estado, ficando proibida a justiça privada¹⁶.

mesmo criadas.

13. Nesse tanto, merecem ser lembradas as **criminalizações primária e secundária**. A **criminalização primária** diz respeito ao poder de criar a lei penal e introduzir no ordenamento jurídico a tipificação criminal de determinada conduta. A **criminalização secundária**, por sua vez, atrela-se ao poder estatal para aplicar a lei penal introduzida no ordenamento com a finalidade de coibir determinados comportamentos antissociais. Na definição de Zaffaroni, criminalização primária "é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas" e a criminalização secundária "é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente" (ob. cit. p. 43).
14. Como bem explica J. J. Gomes Canotilho, mesmo nos casos em que o legislador se encontre constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, permanecerá vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias do homem e do cidadão (cf. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, p. 418-420).
15. *Direito Penal - Parte Geral*, Ed. Atlas, 2013, SP, p. 3/4.
16. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítimas, usurpando prerrogativa dos magistrados, caracteriza crime (exercício arbitrário das próprias razões, art. 345 do CP). Quanto à possível menção ao instituto da legítima defesa e à ação penal privada como exceções a

Embora seja esta a regra, há clara **exceção** no artigo 57 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), que enuncia:

“Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

Note-se que, nesta hipótese específica, o Estado conferiu a ente não estatal a aplicação de sanção penal, impondo, ao final, restrições, ainda que mínimas.

Por fim, merece registro o **Tribunal Penal Internacional**, criado pelo Estatuto de Roma¹⁷, *“instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”*, com caráter *“complementar às jurisdições penais nacionais”* (art. 1º).

O Tribunal tem competência **subsidiária** em relação às jurisdições nacionais dos países signatários e **não** representa exceção à exclusividade do direito de punir do Estado.

Como bem alerta VALÉRIO MAZZUOLI¹⁸, o art. 1º do referido Estatuto consagrou o **princípio da complementariedade**. O TPI não pode intervir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos. Em outras palavras, o TPI será chamado a intervir **somente** se e quando a justiça repressiva interna falhe, seja omissa, insuficiente¹⁹.

(C) Direito Penal de Emergência e Direito Penal Simbólico

Movido pela sensação de insegurança presente na sociedade, o **Direito Penal de Emergência**, atendendo demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão.

Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade.

essa titularidade, refuta de imediato Flávio Monteiro de Barros, observando, não sem razão, que, “na legítima defesa, o Estado confere ao particular o direito de defender-se, e não o direito de aplicar a sanção penal (*jus puniendi*). E, nos crimes de ação penal privada, o particular exerce apenas o *jus persecuendi*, pois o poder de punir (*jus puniendi*) é indelegável, sendo, portanto, privativo do Estado” (Ob. cit., p. 07).

17. Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 4.388/2002.

18. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 10.

19. Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina discordam, lecionando que o Tribunal Penal Internacional também constitui exceção ao monopólio estatal sobre o direito de punir, já que o agente é submetido a julgamento por um órgão supranacional (ob. cit. p 137).

Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para um **Direito Penal Simbólico**.

Para muitos, a Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos) é expressão desse Direito.

(D) Direito Penal Promocional

Criticado pela doutrina, o **Direito Penal Promocional** (político ou demagogo) surge quando o Estado, visando concretizar seus objetivos políticos, emprega as leis penais como instrumento, promovendo seus interesses, estratégia que se afasta do mandamento da intervenção mínima, podendo (e devendo) valer-se, para tanto, dos outros ramos do Direito. É equivocada a utilização do Direito Penal como ferramenta de transformação social. Até 2009, a mendicância era infração penal!

(E) Direito de Intervenção

Membro da Escola de Frankfurt, **Winfried Hassemer** é o maior expoente do **Direito de Intervenção**. Parte da premissa de que o Direito Penal não deve ser alargado, mas utilizado apenas na proteção de bens jurídicos individuais (vida, integridade física, liberdade individual, honra, propriedade etc) e daquelas que causem perigo concreto.

As infrações de índole difusa (ou coletiva) e causadoras de perigo abstrato seriam tuteladas pela Administração Pública, por meio de um sistema jurídico de garantias materiais e processuais mais flexíveis, sem risco da privação de liberdade do infrator. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, nasce o **Direito de Intervenção**.

Para Hassemer, esta seria a melhor maneira de combater a criminalidade moderna, responsável pelos crimes repletos de novos contornos, condutas delitivas que demandam tratamento mais amplo e célere. Esta administrativização do direito penal evitaria a impunidade e a sua transformação em um direito penal simbólico.

Figueiredo Dias, de forma crítica, ensina que o **Direito de Intervenção** seria uma **inversão** temerária dos princípios da **subsidiariedade** e da **proporcionalidade**, uma vez que relegaria à seara mais suave do ordenamento jurídico justamente às infrações que colocam em maior risco a estrutura da sociedade.

(F) Direito Penal como Proteção de contextos da vida em sociedade

Formulada por **Günther Stratenwerth**, esta perspectiva do Direito Penal se opõe ao que pretende **WINFRIED HASSEMER**. Para **STRATENWERTH**, deve-se relegar ao segundo plano a proteção dos interesses estritamente individuais, dando-se enfoque máximo à proteção dos interesses difusos, da coletividade, protegendo-se as futuras gerações.

A noção de bem jurídico é superada, sendo substituída pela **tutela direta de relações ou contextos de vida**. Converte-se, com isso, o Direito Penal (que, em regra, reage *a posteriori*, contra um fato lesivo individualmente delimitado) a um **direito de gestão punitiva de riscos gerais**.

Parcela importante da doutrina critica esta proposta, vislumbrando nela uma aproximação indesejada com o direito penal do inimigo, na medida em que pugna por uma expansão do direito penal cumulada com a antecipação das punições como forma de proteger a sociedade.

(G) Direito penal garantista (modelo de Luigi Ferrajoli)

A Constituição é o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais, que deverão respeitar os direitos fundamentais nela consagrados²⁰. As garantias dividem-se em:

(i) **Primárias:** são os limites e vínculos normativos impostos, na tutela do direito, ao exercício de qualquer poder (ex: proibições e obrigações, formais e substanciais).

(ii) **Secundárias:** são as diversas formas de reparação subsequentes às violações das garantias primárias (ex: anulabilidade dos atos inválidos e responsabilidade por atos ilícitos).

O garantismo estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando normas ou formas de controle social que se sobreponham aos direitos e garantias individuais. Assim, o garantismo exerce a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas, utilizando-se dos direitos fundamentais, que adquirem *status* de inrangibilidade.

A teoria garantista penal de FERRAJOLI tem sua base fincada em dez **axiomas** ou **implicações dêonticas** que não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Cada um dos axiomas do garantismo proposto por LUIGI FERRAJOLI se relaciona com um princípio. Vejamos:

Axioma	Princípio correlato
<i>Nulla poena sine crimine</i>	Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito
<i>Nullum crimen sine lege</i>	Princípio da legalidade
<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Princípio da necessidade ou da economia do direito penal
<i>Nulla necessitas sine injuria</i>	Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento
<i>Nulla injuris sine acione</i>	Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação
<i>Nulla actio sine culpa</i>	Princípio da culpabilidade
<i>Nulla culpa sine judicio</i>	Princípio da jurisdicionariedade
<i>Nullum judicio sine accusatione</i>	Princípio acusatório
<i>Nullum accusatio sine probatione</i>	Princípio do ônus da prova ou da verificação
<i>Nulla probatio sine defensione</i>	Princípio da defesa ou da falseabilidade

20. Alertamos que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Nesse sentido: STF – HC 104.410/RS.

5. “PRIVATIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL

A “privatização” do direito penal é a expressão utilizada por parte da doutrina para destacar o (atual e crescente) **papel da vítima** no âmbito criminal.

Depois de anos relegada ao segundo (ou terceiro) plano, inúmeros institutos penais e processuais penais foram criados sob o enfoque da vítima, preponderando seu interesse sobre o punitivo do Estado.

O dano causado pelo crime finalmente encontra-se na linha de ação do juízo criminal. Parece-nos que o divisor de águas veio com a criação da Lei 9.099/95, prevendo uma etapa de composição civil entre os envolvidos no crime, acordo que, uma vez homologado, conduz à renúncia do direito de queixa ou representação (art. 74 da Lei dos Juizados Especiais²¹).

A extinção da punibilidade no cumprimento da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) ou *sursis* (art. 81 do CP) depende da reparação do dano gerado para a vítima.

A Lei 9.714/98 criou como pena alternativa à prisão a prestação pecuniária (art. 45, § 1º, CP), anunciando como possível destinatário a vítima ou seus dependentes.

A Lei 11.719/08 autorizou o juiz criminal, no momento da sentença condenatória, fixar o quantum mínimo indenizatório para reparar os danos causados pela prática da infração penal (art. 387, IV, CPP).

Está-se criando campo fértil no cenário jurídico-penal para a **Justiça Restaurativa**, caracterizada como uma nova perspectiva na solução do conflito instaurado pela violação da norma penal.

Trata-se de uma forma diferente de encarar o crime e os personagens nele envolvidos, sobressaindo a **reassunção**, pelas partes, do poder sobre as decisões a serem tomadas após a prática do delito – poder este tradicionalmente “usurpado” pelo Estado, que historicamente alijou a vítima, valorizando um sistema punitivo imparcial.

Este sistema é marcado pelo surgimento de uma “**terceira via**”, quebrando a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a reparação como nova possibilidade.

ROGÉRIO GRECO, lembrando as lições de ULRICH NEUMANN, bem observa:

“recentemente, a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de ‘três vias’, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e prevenção”²².

21. Lei nº 9.099/95, Art. 74. *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

22. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 34

6. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A noção de “velocidades do Direito Penal” foi idealizada por **Jesús-María Silva Sánchez**. Trabalha com o tempo que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, mais ou menos grave.

(A) A **1ª velocidade** enfatiza as infrações penais mais graves, punidas com penas privativas de liberdade, exigindo, por este motivo, um procedimento mais demorado, que observa todas as garantias penais e processuais penais.

(B) Já a **2ª velocidade** relativiza, flexibiliza direitos e garantias fundamentais, possibilitando punição mais célere, mas, em compensação, prevê como consequência jurídica do crime sanção não privativa de liberdade (penas alternativas).

(C) Fala-se ainda na **3ª velocidade** do Direito Penal, mesclando-se as duas anteriores. Defende a **punição** do criminoso com **pena privativa de liberdade** (*1ª velocidade*), permitindo, para determinados crimes (tidos como mais graves), a **flexibilização ou eliminação** de direitos e garantias constitucionais (*2ª velocidade*), caminho para uma rápida punição.

O Estado responde de forma intensa (nem sempre sinônimo de justiça) e célere. Essa velocidade está presente na condução do Direito Penal do Inimigo.

Em resumo:²³

	1ª Velocidade	2ª Velocidade	3ª Velocidade
Espécie de sanção penal	Penas privativas de liberdade	Penas alternativas	Penas privativas de liberdade
Procedimento	Garantista	Flexibilizado	Flexibilizado

23. Hoje temos doutrina anunciando a 4ª (quarta) velocidade do Direito Penal, ligada ao Direito Penal Internacional, mirando suas normas proibitivas contra aqueles que exercem (ou exerceram) chefia de Estados e, nessa condição, violam (ou violaram) de forma grave tratados internacionais de tutela de direitos humanos. Para tanto, foi criado, pelo Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional. Trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional, com competência para processar e julgar crimes que violam as obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade internacional em seu conjunto.

Capítulo II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Vingança Penal; 2.1 Vingança divina; 2.2 Vingança privada; 2.3 Vingança pública; 3. Direito Penal na Grécia Antiga; 4. Direito Penal em Roma; 5. Direito Penal Germânico; 6. Direito Penal na Idade Média; 7. Escolas Penais; 8. História do Direito Penal Brasileiro

1. INTRODUÇÃO

Embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos. Nesse período, o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamento de alguém, abundando penas cruéis e desumanas. Era a fase da Vingança Penal, dividida em: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

2. VINGANÇA PENAL

2.1 Vingança divina

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas, trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas Totêmicas²⁴.

Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os “totens”, era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante.

2.2 Vingança privada

Nessa fase, uma vez cometido o crime, a reação punitiva partia da própria vítima ou de pessoas ligadas ao seu grupo social, não se relacionando mais às divindades.

24. SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

Por não haver regulamentação por parte de um órgão próprio, a reação do ofendido (ou do seu grupo) era normalmente desproporcional à ofensa, ultrapassando a pessoa do delinquente, atingindo outros indivíduos a ele ligados de alguma forma, acarretando frequentes conflitos entre coletividades inteiras.

Em vista da evolução social, mas sem se distanciar da finalidade de vingança, o **Código de Hamurabi**, na Babilônia, traz a regra do **talião**, onde a punição passou a ser graduada de forma a se igualar à ofensa. Todavia, esse sistema, embora adiantado em relação ao anterior, não evitava penas cruéis e desumanas, fazendo distinção entre homens livres e escravos, prevendo maior rigor para os últimos, ainda tratados como objetos²⁵.

O talião também foi aplicado na Lei das XII Tábuas (*Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião – Tábua VIII, inc. II*).

2.3 Vingança pública

A fase da **vingança pública** revela maior organização societária e fortalecimento do Estado, na medida em que deixa de lado o caráter individual da punição (perturbador maior da paz social) para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública. A pena pública tinha por função principal proteger a própria existência do Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como o homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade etc²⁶. Nem por isso, entretanto, as sanções perderam o seu aspecto cruel e violento (ex: morte por decapitação ou forca), transcendendo, em alguns casos, a pessoa do culpado, atingindo descendentes por diversas gerações.

3. DIREITO PENAL NA GRÉCIA ANTIGA

Na Grécia não existem escritos a propiciar análise aprofundada da legislação penal então existente, senão algumas passagens em obras filosóficas.

Por meio dessas obras, pôde-se notar que o direito penal grego evoluiu da vingança privada, da vingança religiosa para um período político, assentado sobre uma base moral e civil.

De acordo com SMANIO e FABRETTI,

“não se pode olvidar que os filósofos gregos trouxeram à tona questões geralmente ignoradas pelos povos anteriores, como, por exemplo, qual seria a razão e o fundamento do direito de punir e qual

25. Código de Hamurabi também trazia hipóteses de composição, em que, em razão da lesão, o ofensor deveria pagar determinada quantia (§ 204º).

26. SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania*. Ob. cit., p. 6-7.

seria a razão da pena. As opiniões mais conhecidas são de Platão e Aristóteles, o primeiro nas *Leis* e *Protágoras*, o segundo na *Ética à Nicomaco* e na *Política*" ²⁷.

4. DIREITO PENAL EM ROMA

Roma viveu também as fases da vingança (privada, divina até chegar na vingança pública), separando, a exemplo dos gregos, o Direito da Religião.

Dividiu os delitos em **públicos** (*crimina publica*), violadores dos interesses coletivos (ex: crimes funcionais, homicídio), punidos pelo *jus publicum* com penas públicas, e **privados** (*delicta privata*), lesando somente interesses particulares (ex: patrimônio), punidos pelo *jus civile* com penas privadas.

Ainda que em menor escala, fomentava penas cruéis e desumanas, como a morte, trabalhos forçados, mutilação e flagelação, abusando do exílio e da deportação (*interdictio aquae et igni*).

5. DIREITO PENAL GERMÂNICO

O Direito Germânico contribuiu imensamente para a evolução do Direito Penal, considerado pela doutrina fonte do Direito Penal da Transição.

Trazia como pena mais grave a *Friedlosigkeit*, extremamente peculiar e não mais vista em outros ordenamentos, no qual o delinquente, quando sua infração ofendia os interesses da comunidade, perdia seu direito fundamental a vida, podendo qualquer cidadão matá-lo. Quando a infração atingia apenas uma pessoa ou família, o direito penal germânico fomentava o restabelecimento da paz social por via da reparação, admitindo, também a vingança de sangue (*faida*).

Por fim, alertam SMANIO e FABRETTI:

“O predomínio Germânico estendeu-se do século V ao XI d. C, entretanto, com o advento das invasões bárbaras, os costumes jurídico-penais dos germânicos chocaram-se com os institutos jurídicos romanos, sendo que estes últimos eram muito mais evoluídos, de tal forma que o Direito Germânico foi modificando suas estruturas por influência do direito dos vencedores.

Assim, depois das invasões, o Direito Penal Germânico caracteriza-se por um crescente poder do Estado, sendo que a autoridade pública afirma-se e substitui a vingança privada (*faida*), de modo que se nos tempos primitivos conceder a paz era uma faculdade do ofendido, nesse momento passa a ser obrigatório e as condições são fixadas pelo Juiz-Soberano.” ²⁸.

27. Ob. cit., p. 15.

28. Ob. cit., p. 19.

6. DIREITO PENAL NA IDADE MÉDIA

Grandes retrocessos marcaram o desenvolvimento do Direito Penal na Idade Média. Privilegiavam-se penas mordazes, com caráter eminentemente intimidador.

Não se pode ignorar a criação do Tribunal da Santa Inquisição, no qual filósofos, cientistas e pensadores que divergissem do ideal católico eram perseguidos e condenados a sanções cruéis. Não se nega, todavia, a existência de aspectos positivos no período, como a utilização da pena privativa de liberdade com um caráter reformador do criminoso (embora não fosse a sua finalidade primeira) e a análise do elemento subjetivo do delito.

Todavia, foi durante o Iluminismo, no século XVIII, que se passou a buscar a verdadeira evolução das normas de caráter sancionador, pregando-se o afastamento da incidência do Direito Penal então vigente.

É quando o MARQUÊS DE BECCARIA escreve a clássica obra *Dei delitti e delle pene* (Dos Delitos e das Penas), concluindo:

“para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis”²⁹.

Após o período Iluminista, passaram a surgir as Escolas Penais.

7. ESCOLAS PENAIS

Sob a rubrica “escolas penais” apresentam-se diversos doutrinadores ou conjunto de doutrinadores que, em dado momento histórico-político, investigaram institutos como o crime, o delinquente e a pena, construindo os pilares do sistema penal de sua época.

É preciso advertir, desde já, que a denominação “escolas” poder ser imprecisa ou generalizante em algumas situações específicas. Isto porque é possível identificar, muitas vezes, pensamentos divergentes acerca de aspectos ou conceitos relevantes dentro de uma mesma escola penal.

As **duas principais escolas** penais foram, indubitavelmente, as Escolas **Clássica** e **Positiva**. Nelas encontram-se fundamentos e fins do Direito Penal eminentemente antagônicos. Não por acaso, as escolas que lhes sucederam foram cunhadas, genericamente, de “eccléticas” ou “mistas”, uma vez que as premissas do sistema penal foram tão bem fincadas pelos antecessores que os pensadores posteriores acabavam tomando-as como referência.

29. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 83.

O estudo das escolas penais permite acompanhar a evolução do Direito Penal e os reflexos histórico-sociais na doutrina, seja na mudança do método empregado, seja na própria idealização de conceitos.

Nessa linha de raciocínio, o livro do **MARQUÊS DE BECCARIA**, *Dei delitti e delle pene* (1764), será a mola propulsora para uma nova forma de pensar o sistema punitivo. Apesar da sua abordagem nitidamente filosófica (e não essencialmente jurídica), a obra se volta contra os excessos punitivos, marca dos regimes absolutistas, pretendendo humanizar a resposta do Estado à infração penal.

Partindo do pensamento de **BECCARIA**, construir-se-á a Escola Clássica, cujos principais expoentes são Francesco Carrara, **PELLEGRINO ROSSI** e **GIOVANNI CARMIGNANI**. Este pensamento dominará a doutrina penal do século XVIII e primeiras décadas do século seguinte até que um novo momento histórico-político se apresenta, como bem sinaliza **ANÍBAL BRUNO**:

“Passara o tempo do absolutismo do poder público, com o arbitrio, violência e injustiça penal, contra o qual o classicismo reagira com a sua pressão individualista. Os regimes modernos asseguravam nas suas leis às necessárias garantias dos direitos humanos, e o que se apresentava como problema ao Direito punitivo, na segunda metade do século passado, era a luta eficiente contra a criminalidade”³⁰.

Os novos modelos políticos, portanto, já asseguravam as garantias do homem cuja violação foi apontada veementemente por Beccaria. Os institutos jurídico-penais reclamados pelos clássicos já estavam consolidados em diversos países e instrumentos legais. Falta, naquele instante, o aprofundamento do estudo da criminalidade, sobretudo como forma de evitar a sua expansão. É neste contexto que surgirá a Escola Positiva, que ficou eternizada na pessoa de Cesare Lombroso, por sua construção do “criminoso nato”, indivíduo essencialmente voltado à delinquência e passível de identificação anatômica. Para Lombroso, a constituição física do agente permitia a conclusão pela sua natureza criminosa. Este pensamento não foi defendido apenas por ele, mas por **ENRICO FERRI** e **RAFAEL GAROFALO**, que deram continuidade ao seu pensamento, ainda que com algumas divergências teóricas.

Abaixo, cuidamos de estabelecer de maneira sintética as principais escolas penais, sem olvidar a advertência já feita quanto à impossibilidade de enquadrar alguns autores de maneira estanque em determinada corrente doutrinária – pelo que os inserimos naquela escola com a qual seu pensamento apresentava maior proximidade.

30. Ob. cit., p. 111.

	1832-1837	1837-1840	1840-1862	1862-1893
Expoentes	(1) Gaetano Filangieri, Giovanni Carmignani, Domenico Romagnosi (2) Pellegrino Rossi, Francesco Carrara, Enrico Pessina	Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garofalo —	Emanuele Carnevale, Berdardino Alimena, Giuseppe Impallomeni (ITA) Alessandre Lacassagne, Tarde e Manouvrier (FRA)	Vicenzo Lanza —
Crime	É um ente jurídico, pois consiste na violação de um direito.	Decorre de fatores naturais e sociais.	É fenômeno individual e social.	É o desvio moral de conduta; o que não viola a moral, não deve ser crime.
Delinquente	É ser livre que pratica o delito por escolha moral, alheia a fatores externos.	Não é dotado de livre-arbítrio; é um ser anormal sob as óticas biológica e psíquica.	Não é dotado de livre-arbítrio; não é um ser anormal.	É o imputável, único passível de educação.
Pena	(1) É forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: <i>"punitur ne peccetur"</i> .	Funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo.	Tem essencialmente a função de defesa social; reconhece-se também seu caráter aflictivo.	É forma de educar o culpado. Pena é educação.
	(2) É uma necessidade ética, reequilíbrio do sistema (inspiração em Kant e Hegel: <i>punitur quia peccatum est</i>).	<i>*Garofalo vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte.</i>	—	—
Observações	Se funda nos ensinamentos de Cesare Beccaria (Do Delito e das Penas); é uma reação ao Absolutismo.	É uma doutrina determinista, tendo introduzido a ideia do "criminoso nato" (Lombroso).	É uma escola eclética, amparando-se em conceitos clássicos e positivistas.	Introduziu a noção de "delinquência artificial" – o crime que não viola a moral.

Escola Clássica	Escola da Defesa	Escola da Política Criminal	Escola da Resocialização
Karl Binding, Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Giacomo Delitala (1)	Paulo Anselmo de Feuerbach, Franz Von Lizst, Van Hamel, Adolpho Prins	Karl David August Röeder	Filippo Gramatica e Marc Ancel
Maggiore, Bettiol, Petrocelli, Battagliani (2)	—	—	—
É uma relação jurídica de caráter tanto humano quanto social	É simultaneamente ente jurídico e fenômeno de ordem humana e social. * Feuerbach: “Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”.	É um ente jurídico, criação da sociedade; não é natural.	É um mal que desestabiliza o aprimoramento social
É dotado de livre-arbítrio e responsável moralmente	Ser simultaneamente livre e parcialmente condicionado pelo ambiente que o circunda. Não há criminoso nato.	É um ser anormal, portador de uma vontade reprovável.	Ser que precisa ser adaptado à ordem social.
Meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente.	Instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coação psicológica).	É a correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada. Pena e medida de segurança são institutos dependentes.	É uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão
—	—	—	—
Aproxima-se da Escola Clássica; rechaça a filosofia no Direito Penal; reestabelece o caráter jurídico da Ciência Penal.	Também conhecida como Escola da Política Criminal; representou grande contribuição para a repressão penal ao menor delinquente; distingue imputabilidade da liberdade de querer. Tem como seguidores Eberhard Schmidt e Graf Zu Dohna, Mezger.	Preconiza a ideia de ressocialização do delinquente. Na Espanha, foram adeptos: Giner de los Ríos, Alfredo Calderón e Pedro Dorado Montero.	Tem caráter humanista; a ressocialização do criminoso é responsabilidade da sociedade.

8. HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No início da colonização vigoravam as Ordenações Afonsinas, o mesmo regime jurídico vigente em Portugal, de caráter religioso, influenciadas também pelo direito romano.

Em 1514 foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, mantendo a base das precursoras, não definindo tipo ou quantidade de pena, ato discricionário do juiz.

Foram substituídas pela compilação de D. Duarte Nunes Leão (também denominada Código de D. Sebastião ou Código Sebastiãoico), reunindo leis até então separadas e de difícil interpretação e conhecimento por parte dos cidadãos.

A compilação deu lugar às Ordenações Filipinas, vigorando por mais de duzentos anos, sendo seu marco inicial o século XVII. O Código Filipino fundamentava-se nos preceitos religiosos. O Direito era confundido com moral e religião, punindo-se com rigor os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. As penas eram cruéis e desumanas, tendo como fim principal infundir o temor pelo castigo.

Após a proclamação da independência e a promulgação da Constituição de 1824, foi elaborado o Código Criminal do Império, fomentando um direito penal protetivo e humanitário, permitindo a individualização da pena, criando agravantes e atenuantes, estabelecendo julgamento especial para menores de 14 anos. A pena de morte, ainda presente, ficou praticamente limitada para coibir crimes praticados pelos escravos. Misturando Direito com Religião, tipificou como crime ofensas à crença oficial do Estado.

Em seguida à proclamação da República (1890), sancionou-se o Código Criminal da República. Atento às restrições impostas pela Constituição de 1891 (proibição da pena de morte e prisão de caráter perpétuo), o Código Republicano permitia as penas de prisão, banimento (de natureza temporária, evitando sanção de caráter perpétuo) e suspensão de direitos, instalando o regime penitenciário de caráter correccional.

Diante do aparecimento de inúmeras leis modificadores e extravagantes, surge a necessidade de compilar as normas penais, tarefa assumida pelo Desembargador Vicente Piragibe, resultando, em 1932, na Consolidação das Leis Penais (Consolidação de Piragibe).

Finalmente, em 1942, entra em vigor o Código Penal, que permanece como o sistema básico de normas penais e que teve sua parte geral reformulada pela Lei nº 7.209/84.

É evidente, diante do que foi tratado até o momento a respeito da história do Direito Penal, que os sistemas de punição evoluíram de forma a tornar, tanto quanto possível, mais humana a execução da lei penal, evitando que os agentes criminosos sejam submetidos a punições que extrapolem as efetivas finalidades da pena. Isso não significa, obviamente, que os ordenamentos jurídicos modernos estejam imunes à influência das disposições que os antecederam; ao contrário, invariável e acertadamente absorvem postulados estabelecidos há séculos, milênios até, ainda aptos a contribuir para que o Direito cumpra sua função essencial de manter a ordem na sociedade.

Capítulo III

FONTES DO DIREITO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Fonte material do Direito Penal; 3. Fonte formal do Direito Penal; 3.1. Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna; 4. Fonte informal do Direito Penal (costumes); 5. Características e classificação da lei penal

1. INTRODUÇÃO

Quando se pretende buscar a procedência de algo, fala-se em *fonte*. A norma penal, como não poderia deixar de ser, também é provida de características que indicam sua origem e forma de manifestação. Consequentemente, ao tratar das *fontes* do Direito Penal, o que se busca é indicar de onde a norma penal emana, qual sua origem, de onde ela provém e como se revela. Fala-se em fonte material e fonte formal do Direito Penal.

Vejamos cada uma delas e sua abordagem pelas doutrinas clássica e moderna.

2. FONTE MATERIAL DO DIREITO PENAL

Fonte material é a fonte de produção da norma, é o órgão encarregado da criação do Direito Penal.

Por previsão constitucional, a fonte material do Direito Penal é a União. É este o ente que, em regra, pode produzir normais penais (art. 22, I, CF/88).

Não obstante, a própria Carta Magna prevê uma exceção, disciplinando a possibilidade dos Estados-membros legislarem sobre questões **específicas** de direito penal, desde que **autorizados** por **lei complementar** (art. 22, parágrafo único, CF/88).

3. FONTE FORMAL DO DIREITO PENAL

Trata-se do instrumento de exteriorização do Direito Penal, ou seja, do modo como as regras são reveladas. É a fonte de conhecimento ou de cognição.

As **fontes formais** são tradicionalmente classificadas em:

(A) **Imediata**: a **lei** é a única fonte formal imediata do direito penal.

(B) **Mediata**: abrange os **costumes** e os **princípios gerais de direito**³¹.

31. Flávio Monteiro de Barros (ob. cit., p. 27), concordando com Luiz Vicente Cernichiaro, inclui também, como fonte mediata do Direito Penal, os atos administrativos. Observa ser comum a sua utilização nas chamadas normas penais em branco, servindo de complemento da conduta criminosa

3.1. Fonte formal do Direito Penal à luz da doutrina moderna.

Embora a doutrina tradicional tenha consolidado a classificação acima apresentada, entendemos que este rol exige uma atualização, fomentada, inclusive, pela EC nº 45 (Reforma do Sistema Judiciário Nacional).

Essa releitura resulta na complementação do rol de fontes imediatas e na revisão das fontes mediatas. Assim, teremos:

(A) Fontes formais imediatas.

(i) A **lei** permanece figurando como fonte formal imediata, sendo o único instrumento normativo capaz de criar infrações penais (crimes e contravenções penais) e cominar sanções (pena ou medida de segurança). Nenhuma outra fonte pode ampliar ou dar origem ao *ius puniendi*. O princípio do qual decorre a necessidade de lei como fonte formal imediata não é, simplesmente, o da legalidade, mas o da reserva legal, muito mais restrito. Pelo princípio da legalidade, são diversas as fontes normativas que podem fundamentar a imposição de obrigações e a restrição de direitos: lei, decreto, portaria, instrução normativa. Já o princípio da reserva legal pressupõe lei em sentido estrito, ou seja, nenhuma conduta será tipificada como crime ou contravenção e nenhuma pena será cominada a não ser por meio de dispositivo cujo conteúdo tenha sido devidamente debatido e votado por cada uma das Casas parlamentares em forma de lei ordinária (mais comum) ou de lei complementar (não tão usual porque reservada às hipóteses em que a Constituição exige a regulamentação por esta espécie legislativa).

(ii) A **Constituição Federal** situa-se no rol das fontes imediatas. Muito embora a lei detenha a exclusividade no tocante à criação das infrações penais e das respectivas sanções, não se pode deixar de constatar que a Carta Magna nos revela direito penal, estabelecendo alguns patamares abaixo dos quais a intervenção penal não se pode reduzir.

Esses patamares são verdadeiros **mandados de criminalização**, porque vinculam o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-los a proteger (de forma suficiente/eficiente) certos temas (bens ou interesses). É o que ocorre, por exemplo, com o crime de racismo (art. 5º, XLII, CF/88), crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF/88), ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88) e com os crimes ambientais (art. 225, §3º, CF/88)³².

Os **mandados de criminalização** são reconhecidos pelo STF:

(art. 33 da Lei nº 11.343/06, em que se necessita de complemento para definir que substâncias podem ser definidas como *drogas*).

32. Temos mandados de criminalização nos dispositivos que tratam da retenção dolosa do salário (art. 7º, X, CF/88) e do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente no âmbito familiar (art. 227, §4º, CF/88).

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.” (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).

(iii) Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Um acordo internacional versando sobre direitos humanos, celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, deve obrigatoriamente ser seguido, possuindo caráter vinculante (“hard law”), não importando se aprovado pelo Congresso Nacional com quórum de emenda, caso em que o acordo tem status *constitucional* (art. 5º, §3º, CF/88) ou quórum simples, figurando, então, com o status de *norma infraconstitucional, porém supralegal* (art. 5º, § 2º, CF/88)³³.

Diante desse quadro, os tratados, convenções e regras de direito internacional sobre direitos humanos devem ser encaradas como fonte formal imediata do Direito Penal³⁴.

Importante esclarecer, no entanto, que os tratados e convenções não são instrumentos hábeis à criação de crimes ou cominação de penas para o direito interno (apenas para o direito internacional). Assim, antes do advento das Leis 12.694/12 e 12.850/13 (que definiram, sucessivamente, organização criminosa), o STF manifestou-se pela inadmissibilidade da utilização do conceito de organização criminosa dado pela Convenção de Palermo, truncando a ação penal que deu origem à impetração, em face da atipicidade da conduta (HC nº 96007)³⁵.

(iv) A **jurisprudência** adquiriu novos contornos e importância no cenário jurídico-penal, passando a ser fonte imediata reveladora de direito. É o que ocorre de forma evidente com as súmulas vinculantes³⁶, a exemplo do verbete de nº 24, que disciplina a

33. De se observar, no entanto, que respeitável corrente doutrinária se posiciona no sentido de que os tratados, versando sobre direitos humanos (e somente eles), uma vez subscritos pelo Brasil, se incorporam automaticamente e possuem (sempre) caráter constitucional, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF. Nesse sentido, ver FLÁVIA PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111; e FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, p. 81, Brasília, Senado Federal, 1996.

34. Alertamos, no entanto, que no nosso sistema, a rigor, não basta a ratificação do acordo. É preciso que o decreto que aprova o tratado seja devidamente publicado. Só a partir dessa publicação é que passa a ter valor no direito interno.

35. Vide Informativo nº 670 do STF.

36. As súmulas vinculantes podem ser editadas pelo STF, com base no art. 103-A, CF/88, que dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder

atipicidade de crime contra a ordem tributária quando pendente o lançamento definitivo do tributo.

De outro lado, as decisões jurisprudenciais, ainda que não vinculantes, configuram também fonte formal imediata, a exemplo do que ocorre com o crime continuado (art. 71, CP), cujos contornos atuais dados pelos tribunais limitam a continuidade no tempo³⁷ (trinta dias entre as infrações) e no espaço³⁸ (mesma comarca ou comarcas vizinhas).

(v) Os **princípios**, que muitas vezes conduzem à absolvição ou redução de pena, constituem também fonte imediata.

Note-se, por exemplo, o efeito que a aplicação do princípio da insignificância tem, na condição de excludente da tipicidade material (vide tópico sobre princípios, abaixo).

(vi) Por fim, os **complementos** da norma penal em branco seguem a lei e, portanto, são incriminadores, de modo que se incluem também neste rol de fontes imediatas do Direito Penal.

(B) Fonte formal mediata

Dentro desta moderna perspectiva das fontes do Direito Penal, figura como fonte mediata apenas a **doutrina**.

4. FONTE INFORMAL DO DIREITO PENAL (COSTUMES)

Os costumes são comportamentos uniformes e constantes (elemento objetivo) pela convicção de sua obrigatoriedade (elemento subjetivo). Aparecem como fonte informal do Direito Penal.

Ao tratar das fontes do Direito Penal, **ANÍBAL BRUNO** já ensinava que o costume não se encontra entre elas, tendo em vista estar contido na própria norma, apresentando-se como elemento de interpretação. Todavia, admite o autor a possibilidade de larga aplicação do costume no que tange às normas não atinentes à definição de infrações e de cominação de penas:

“Fora das normas estritas de definição de crimes e cominação de sanções, pode-se afirmar a influência do costume. Ele valerá, por exemplo, na extensão de causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade. Em muitos desses casos, o próprio fundamento da justificativa ou dirimente, ou a limitação de sua eficácia, está no costume, na prática uniforme e constante, segundo os interesses e tendências sociais e culturais”³⁹.

Em forma de perguntas e respostas, vamos explicar o instituto.

Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei..

37. Cf. STJ – Quinta Turma – AgRg no REsp 1244833 – Rel. Ministro Jorge Mussi – DJe 01/02/2012.

38. Cf. STJ – Quinta Turma – HC 206.227 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14/10/2011.

39. Ob. cit., p. 203-204.

☑ **Costumes criam infrações penais?**

A resposta só pode ser negativa. É absolutamente **vedado** o costume incriminador. Como vimos, a lei é a única forma de rotular como crime (ou contravenção penal) determinada conduta, obedecendo, inclusive, o **princípio da reserva legal**⁴⁰. O costume, na ausência de lei (*praeter legem*), não pode dar vida a novas figuras incriminadoras, embora tenha eficácia em outros setores do direito penal, *u.g.*, atuando como causa supra legal de exclusão da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

☑ **Costumes revogam infrações penais?**

Vamos partir a resposta de uma infração penal que gera, na prática, essa torturadora discussão: será que o jogo do bicho permanece contravenção penal?

Três correntes divergem sobre a possibilidade (ou não) do costume abolir infração penal (abolicionista):

1ª corrente: admite-se o costume abolicionista, ou revogador da lei. Para esta corrente, embora o costume não tenha o condão de criar crime ou contravenção penal, ele é capaz de revogar a lei nos casos em que a infração penal não mais contraria o interesse social, deixando de repercutir negativamente na sociedade. Considera-se, nessas hipóteses, que a ausência de reprovação social corresponde à revogação formal e material da norma penal incriminadora, dispensando-se, inclusive, a edição de lei revogadora por parte do Congresso Nacional.

CONCLUSÃO: para esta corrente, jogo do bicho não mais deve ser punido, pois a contravenção foi formal e materialmente abolida pelo costume.

2ª corrente: é inadmissível o costume abolicionista. Entretanto, quando o fato já não é indesejado pelo meio social, a lei não deve ser aplicada pelo Magistrado. Isto significa que a lei, materialmente revogada, depende apenas da revogação formal por outra lei emanada do Congresso Nacional. Até o advento desta lei revogadora, a conduta, apesar de formalmente típica, não deve ser punida, dada a ausência de eficácia social da infração penal.

CONCLUSÃO: para os adeptos desta corrente, jogo do bicho, apesar de formalmente contravenção, não serve para punir o autor da conduta, pois materialmente abolida.

3ª corrente: somente a lei pode revogar outra lei. Não existe costume abolicionista e, enquanto determinada lei estiver em vigor, terá plena eficácia. Esta corrente prevalece, sobretudo, por disposição expressa da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe, no seu art. 2º: “*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*”. Nessa linha intelectual, a título de exemplo, não se pode alegar que a venda de CDs e DVDs piratas permite a sobreposição do costume sobre a

40. Cf. CP. Art. 1º. *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

norma, revogando o artigo 184, §2º, do CP, que incrimina a violação de direitos autorais. Nesse sentido, inclusive, têm decidido o STF⁴¹ e o STJ⁴².

CONCLUSÃO: para quem se filia a esta corrente, jogo do bicho permanece infração penal, servindo a lei para punir os contraventores enquanto não revogada por outra lei.

☑ **Qual, então, a finalidade do costume no ordenamento jurídico-penal?**

Apesar de não possuir o condão de criar ou revogar crimes e sanções, o costume é importantíssimo vetor de interpretação das normas penais. Em outras palavras, é possível o uso do costume segundo a lei (*secundum legem*), atuando dentro dos limites do tipo penal. Esse costume interpretativo possibilita a adequação do tipo às exigências éticas coletivas, *u.g.*, como ocorre na definição do que seja *repouso noturno*, expressão constante do artigo 155, §1º, do Código Penal⁴³. Neste caso, é evidente a importância do costume, já que, em grandes centros urbanos, o período de descanso será diverso daquele observado em pequenas comunidades do interior.

Em resumo, sobre fontes formais do Direito Penal, temos:

Fontes Formais do Direito Penal	Classificação tradicional	Classificação moderna
Fontes formais imediatas	• Lei.	• Lei – única capaz de regular a infração penal e sua pena; • Constituição; • Tratados internacionais de direitos humanos; • Jurisprudência • Princípios; • Complementos da norma penal em branco própria.
Fontes formais mediatas	• Costumes; e • Princípios gerais de direito.	• Doutrina. Os costumes configuram, na verdade, fontes informais de direito.

5. CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÃO DA LEI PENAL

A lei penal tem as seguintes **características**:

41. STF – Primeira Turma – HC 98898 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 20/04/2010. No mesmo sentido, decidiu o Pretório Excelso que o princípio da adequação social não incide sobre a manutenção de casa de prostituição, dada a necessidade de lei para revogação do delito e, portanto, a insuficiência dos costumes para operarem este efeito (STF – Primeira Turma – HC 104467 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 09/03/2011).
42. Súmula 502: “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.
43. De igual modo, os costumes auxiliam na interpretação do que vem a ser *ato obsceno*, nos termos do art. 233 do Código Penal.

(A) **Exclusividade**: somente ela (lei) define infrações (crimes e contravenções) e comina sanções penais (penas e medidas de segurança);

(B) **Imperatividade**: é imposta a todos, independente da vontade de cada um;

(C) **Generalidade**: todos devem acatamento à lei penal, mesmo os inimputáveis, vez que passíveis de medida de segurança; e

(D) **Impessoalidade**: dirige-se abstratamente a fatos (futuros) e não a pessoas, além de ser produzida para ser imposta a todos os cidadãos, indistintamente.

Já quanto à **classificação da lei penal**, temos:

(A) **Lei penal incriminadora**: define as infrações penais e cominam as sanções que lhes são inerentes.

Em sua estrutura, a lei incriminadora é dotada de um preceito primário (onde está contida a definição da conduta criminosa) e de um preceito secundário (que prevê a sanção penal aplicável).

(B) **Lei penal não incriminadora**: também denominada lei penal em sentido amplo, não tem a finalidade criar condutas puníveis nem de cominar sanções a elas relativas, subdividindo-se em: (i) *permissiva (justificante ou exculpante)*; (ii) *explicativa ou interpretativa*; (iii) *complementar* e (iv) *leis de extensão ou integrativas*.

Vejamos cada uma.

Será **permissiva justificante** a lei penal não incriminadora que torna lícita determinadas condutas que, normalmente, estariam sujeitas à reprimenda estatal, como ocorre, por exemplo, com a legítima defesa (art. 25, CP). A norma **permissiva exculpante**, por sua vez, se verifica quando elimina a culpabilidade, como é o caso da embriaguez acidental completa (art. 28, § 1º, CP).

A lei penal não incriminadora **explicativa** ou **interpretativa** se destina a esclarecer o conteúdo da norma, como o artigo 327 do Código Penal, que trata do conceito de funcionário público para fins penais.

Será **complementar** a lei penal não incriminadora que tem a função de delimitar a aplicação das leis incriminadoras, como ocorre com o artigo 5º do Código Penal, que dispõe sobre a aplicação da lei penal no território brasileiro;

Por fim, a lei penal de **extensão** ou **integrativa** é aquela utilizada para viabilizar a tipicidade de alguns fatos, como fazem os artigos 14, II e o artigo 29 do Código Penal – a tentativa e a participação (em sentido estrito) seriam condutas atípicas não fossem tais normas.

Capítulo IV

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Interpretação extensiva; 3. Interpretação analógica; 4. Integração da lei penal (analogia)

1. INTRODUÇÃO

Interpretar significa buscar o preciso significado de um texto, palavra ou expressão, delimitando o alcance da lei, guiando o operador para a sua correta aplicação.

Até mesmo as leis dotadas de maior clareza dependem de interpretação, já que é a partir daí que se abstrai sua transparência.

Aliás, a esse respeito, precisa é a lição de **ANÍBAL BRUNO**:

“Toda expressão verbal do pensamento precisa ser interpretada. O que pretende dizer o velho adágio de *in claris non fit interpretatio* é que, sendo a lei clara, não cabe procurar-lhe um sentido diferente daquele que resulta evidentemente do texto. Apenas, se a lei é clara, a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, aprende-se imediatamente o seu conteúdo. Mas, se é obscura ou incerta, precisa, então, submeter-se a lei ao processo interpretativo sistemático, processo lógico, que obedece a regras e preceitos, cujo conjunto constitui a Hermenêutica, ou ciência da interpretação”⁴⁴.

O ato de interpretar é, necessariamente, feito por um **sujeito** que, empregando determinado **modo**, chega a um **resultado**.

Assim, são **formas de interpretação**:

(A) **Quanto ao sujeito que a interpreta (ou quanto à origem)**, a interpretação pode ser autêntica (ou legislativa), doutrinária (ou científica) e jurisprudencial.

A interpretação **autêntica (ou legislativa)** é aquela fornecida pela própria lei, a exemplo do conceito de funcionário público, trazido pelo art. 327 do Código Penal. Subdivide-se em:

(i) **Contextual**: editada conjuntamente com norma penal que conceitua.

(ii) **Posterior**: lei distinta e posterior conceitua o objeto da interpretação.

Doutrinária ou científica (*communis opinio doctorum*) é a interpretação feita pelos estudiosos, pelos juristas. Não se trata de interpretação de observância obrigatória.

44. Ob. cit., p. 212.

Muito embora auxilie na interpretação das normas constantes do CP, a Exposição de Motivos não espelha hipótese de interpretação autêntica, mas doutrinária, pois elaborada pelos estudiosos que participaram da sua confecção⁴⁵.

Por fim, a interpretação **jurisprudencial, judiciária ou judicial** corresponde ao significado dado às leis pelos tribunais, à medida que lhes é exigida a análise do caso concreto, podendo adquirir, hoje, caráter vinculante, dada a possibilidade de edição, pelo STF, das “súmulas vinculantes” (artigo 103-A, CF/88, incluído pela E.C nº 45/2004).

(B) Quanto ao modo, a interpretação pode ser gramatical, teleológica, histórica, sistemática, progressiva e lógica (ou racional).

Gramatical, filológica ou literal é a interpretação que considera o sentido literal das palavras, correspondente a sua etimologia.

A interpretação **teleológica** perquire a vontade ou intenção objetivada na lei (*voluntas legis*).

Histórica é aquela interpretação que indaga a origem da lei, identificando os fundamentos da sua criação.

O modo de interpretação **sistemático** conduz à interpretação da lei em conjunto com a legislação que integra o sistema do qual faz parte, bem como com os princípios gerais de direito.

A interpretação **progressiva ou evolutiva** representa a busca do significado legal de acordo com o progresso da ciência.

Por fim, a interpretação **lógica** se baseia na razão, utilização de métodos dedutivos, indutivos e da dialética para encontrar o sentido da lei.

(C) Quanto ao resultado, fala-se em interpretação declarativa, restritiva e extensiva.

A interpretação **declarativa ou declaratória** é aquela em que a letra da lei corresponde exatamente àquilo que o legislador quis dizer, nada suprimindo, nada adicionando.

Por sua vez, é **restritiva** a interpretação que reduz o alcance das palavras da lei para que corresponda à vontade do texto (*lex plus dixit quam voluit*).

Por fim, na interpretação **extensiva** amplia-se o alcance das palavras da lei para que corresponda à vontade do texto (*lex minus dixit quam voluit*).

45. Ensinamos nas edições pretéritas que a exposição de motivos do Código de Processo Penal, diferentemente daquela estampada no Código Penal, era hipótese de interpretação autêntica (contextual), com estrutura de Lei. Porém, aprofundando o tema, nos rendemos aos ensinamentos da maioria e, de fato, não se percebe diferença entre elas, razão pela qual ambas devem ser consideradas exemplos de interpretação doutrinária.

Interpretação	Interpretação	Interpretação
• Autêntica ou Legislativa • Doutrinária • Jurisprudencial	• Literal • Teleológica • Histórica • Sistemática • Progressiva • Lógica	• Declarativa • Restritiva • Extensiva

Ao lado dessas categorias, não pode ser esquecida a **interpretação *sui generis*** e a **interpretação conforme a Constituição**.

A interpretação *sui generis* se subdivide em **exofórica** e **endofórica**, dependendo do conteúdo que complementarizar o sentido da norma interpretada.

Exofórica ocorre quando o significado da norma interpretada não está no ordenamento normativo. A palavra “tipo”, por exemplo, presente no art. 20 do CP, tem seu significado extraído da doutrina (e não da lei).

Será **endofórica** quando o texto normativo interpretado toma de empréstimo o sentido de outros textos do próprio ordenamento, ainda que não sejam da mesma Lei. Esta espécie está presente na norma penal em branco (assunto que aprofundamos no tópico princípio da legalidade).

Já a **interpretação conforme a Constituição** assume nítido relevo dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, em que a Constituição deve informar e conformar as normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Esta forma de interpretação é marcada pelo confronto entre a norma legal e a Constituição, aferindo a validade daquela dentro de uma perspectiva garantista, numa verdadeira “filtragem” à qual só resistem aqueles dispositivos que não estão em desacordo com os direitos e garantias da Carta Magna.

Por fim, pontue-se que se encontra doutrinariamente ultrapassada a distinção entre interpretação **objetiva** e **subjativa**. Aquela (objetiva), segundo a doutrina clássica, seria caracterizada pela busca da vontade da lei (*volunta legis*), enquanto esta (subjativa), pela busca da vontade do legislador (*volunta legislatoris*). É certo que, atualmente, o princípio da legalidade impede que a vontade do responsável pela edição da norma tenha maior relevância, devendo o texto normativo figurar como ponto de partida para o intérprete.

2. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

No assunto interpretação destaca-se a extensiva, mais precisamente, a discussão se pode (ou não) ser em prejuízo do réu, debate que, pela sua importância, merece tópico próprio com as várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Lembremos que a interpretação extensiva se dá quando o intérprete amplia o significado de uma palavra para alcançar o real significado da norma.

Para **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** é indiferente se a interpretação extensiva beneficia ou prejudica o réu:

“pois a tarefa do intérprete é conferir aplicação lógica ao sistema normativo, evitando-se contradições e injustiças”⁴⁶. Luiz Regis Prado, partidário do mesmo entendimento, citando nosso Código Penal, dá alguns exemplos: “o art. 130 do Código Penal (perigo de contágio venéreo) inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave; no art. 168 (apropriação indébita), a expressão “coisa alheia” inclui a coisa comum; o art. 235 (bigamia) refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 (perigo de desastre ferroviário) envolve, além do serviço ferroviário, o serviço de metrô”⁴⁷.

Em sentido contrário, temos jurisprudência que, socorrendo-se do princípio do *in dubio pro reo*, limitam a sua aplicação às normas não incriminadoras. Entendem que a função garantista do Direito Penal exige que se lhe conceda interpretação cada vez mais restrita, visão que encontra correspondência clara no artigo 22. 2, do Estatuto de Roma:

“A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.”

Assim decidiu o **STJ**:

“O princípio da estreita legalidade impede a interpretação extensiva para ampliar o objeto descrito na lei penal. Na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida – quer pelo meio empregado quer pela sua não incidência – tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal”⁴⁸.

ZAFFARONI e **PIERANGELI**, apesar de defenderem a aplicação do *in dubio pro reo* como regra de interpretação, admitem, em casos excepcionais (e sempre obedecendo a limites), a interpretação extensiva da lei penal, em especial quando sua aplicação restrita resulta num escândalo por sua notória irracionalidade. Escrevem:

“Cremos que há um limite semântico do texto legal, além do qual não se pode estender a punibilidade, pois deixa de ser interpretação para ser analogia. Dentro dos limites da resistência da flexibilidade semântica do texto são possíveis interpretações mais amplas ou mais restritivas da punibilidade, mas não cremos que isso possa ser feito livremente, mas que deve obedecer a certas regras, como também

46. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 91-92.

47. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 179.

48. STJ – Sexta Turma – REsp 476.315 – Rel. Ministro Celso Limongi (des. convocado) – DJe 22/02/2010.

entendemos que o princípio de *in dubio pro reo* tem vigência penal somente sob a condição de que seja aplicado corretamente”⁴⁹.

Dentro desse espírito, não se pode negar que, a expressão “arma”, constante do artigo 157, § 2º, I, do CP (roubo majorado pelo emprego de arma), abrange qualquer instrumento, fabricado com ou sem finalidade bélica, capaz de servir para o ataque (revólver, faca de cozinha, madeira, lâmina de barbear etc.).

3. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

A interpretação extensiva não pode ser confundida com a **interpretação analógica**.

Na interpretação analógica (ou *intra legem*) o Código, atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido no dispositivo.

É o que ocorre, por exemplo, no artigo 121, §2º, I, do Código Penal, que dispõe ser qualificado o homicídio quando cometido “*mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe*” (grifos aditados). Percebe-se que o legislador fornece uma fórmula casuística (“mediante paga ou promessa”) e, em seguida, apresenta uma fórmula genérica (“ou por outro motivo torpe”) ⁵⁰.

Deste modo, o significado que se busca é extraído do próprio dispositivo, levando-se em conta as expressões abertas e genéricas utilizadas pelo legislador. Existe norma a ser aplicada ao caso concreto. Depois de exemplos, o legislador encerra de forma genérica, permitindo ao aplicador encontrar outras hipóteses.

Diferenciando os dois tipos de interpretação, Rogério Greco assevera que: “a interpretação extensiva é o gênero, no qual são espécies a *interpretação extensiva em sentido estrito* e a *interpretação analógica*”. Para identificar de que espécie se trata, conclui o autor que se deva considerar a lei penal e verificar se a mesma traz as fórmulas casuística e genéricas (interpretação analógica) ou não fornece um padrão (interpretação extensiva em sentido estrito), neste caso deixando a cargo do intérprete a extensão do conteúdo da lei objeto de interpretação⁵¹.

Por fim, a interpretação extensiva e a interpretação analógica distinguem-se da **analogia** (ver tópico abaixo), por ser esta uma **regra de integração** do ordenamento jurídico. A analogia decorre, portanto, de uma lacuna, um vazio normativo – e não de uma lei pendente de interpretação.

49. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 170.

50. Também exemplifica a interpretação analógica a norma prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que prescreve a conduta de condução de veículo automotor sob efeito de álcool (fórmula casuística) “*ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*” (fórmula genérica).

51. Ob. cit., p. 44.

4. INTEGRAÇÃO DA LEI PENAL (ANALOGIA)

Como já antecipado, as hipóteses de interpretação acima expostas (extensiva e analógica) não se confundem com a **analogia**. Nesse caso, ao contrário dos anteriores, partimos do pressuposto de que não existe uma lei a ser aplicada ao caso concreto, motivo pelo qual é preciso socorrer-se de previsão legal empregada à outra situação similar.

Representada em latim pelos brocardos “*ubi eadem ratio ibi idem jus*” (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), ou “*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*” (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão), a analogia consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna (o vazio) do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio direito. Nesta ótica, seu **fundamento é sempre a inexistência** de uma disposição precisa de **lei** que alcance o caso concreto.

Nas precisas lições de **BENTO DE FARIA**:

“Não é suscetível de interpretação uma norma *que ainda não existe, mas que se procura*. Daí a inadmissibilidade, em regra, da analogia em matéria penal, como decorrente do princípio fundamental *nul-lum crimen nulla poena sine lege*”⁵².

Embora a regra seja a da vedação do emprego da analogia no âmbito penal (em respeito ao princípio da reserva legal), a **doutrina é uníssona** ao permitir este recurso integrativo desde que estejam presentes dois requisitos: **(A)** certeza de que sua aplicação será favorável ao réu (“*in bonam partem*”) e **(B)** existência de uma efetiva lacuna legal a ser preenchida⁵³.

Em síntese, com espreque no princípio da legalidade, o emprego da analogia no Direito Penal somente é permitido a favor do réu, jamais em seu prejuízo, seja criando tipos incriminadores, seja agravando as penas dos que já existem. Pertinente, nesse contexto, a advertência feita por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

“Até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção”⁵⁴.

De acordo com o substrato utilizado pelo operador do direito para encontrar a norma através da analogia, podemos classificá-la em analogia *legis* ou legal e analogia *iuris* ou jurídica.

52. *Código Penal Brasileiro*. vol.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacir:tho Editora, 1942, p. 105-106.

53. Não se ignora doutrina (Assis Toledo) alertando que a analogia pressupõe falha, omissão na lei, não tendo aplicação quando estiver claro no texto legal que a *mens legis* quer excluir de certa regulamentação determinados casos semelhantes.

54. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 92.

A **analogia legis** é caracterizada pela utilização de outra disposição normativa para integrar a lacuna existente no ordenamento jurídico, enquanto que a **analogia iuris** se caracteriza pelo emprego de um princípio geral do direito para regular um caso semelhante, também diante da inexistência da norma aplicável.

Em síntese:

Interpretação extensiva	Interpretação analógica	Analogia
É forma de interpretação	É forma de interpretação	É forma de integração do direito
Existe norma para o caso concreto	Existe norma para o caso concreto	Não existe norma para o caso concreto
Amplia-se o alcance da palavra (não importa no surgimento de uma nova norma)	Utilizam-se exemplos seguidos de uma fórmula genérica para alcançar outras hipóteses	Cria-se nova norma a partir de outra (analogia <i>legis</i>) ou do todo do ordenamento jurídico (analogia <i>iuris</i>)
Prevalece ser possível sua aplicação no Direito Penal <i>in bonam</i> ou <i>in malam partem</i> .	É possível sua aplicação no Direito Penal <i>in bonam</i> ou <i>in malam partem</i> .	É possível sua aplicação no Direito penal somente <i>in bonam partem</i> .
Ex: a expressão “arma” no crime de roubo majorado (art. 157, §2º, II, CP).	Ex: homicídio mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe. (art. 121, §2º, I, III e IV, CP).	Ex: isenção de pena, prevista nos crimes contra o patrimônio, para o cônjuge e, analogicamente, para o companheiro (art. 181, I, CP).*

*. Outro exemplo comumente suscitado é o da licitude do aborto realizado para interromper gestação decorrente de estupro. Caso a gravidez tivesse decorrido da mobilidade dos espermatozoides após prática de atentado violento ao pudor, seria perfeitamente aplicável a analogia para favorecer o réu. Note-se que, após a lei 12.015/2009, que uniu as duas condutas em um só tipo penal, denominado de estupro, não é mais necessário recorrer a esta forma de integração do direito.

Capítulo V

TEORIA GERAL DA NORMA PENAL

Sumário • 1. Princípios e sua relação com o Direito Penal; 2. Princípios gerais do Direito Penal; 2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do direito penal; 2.1.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; 2.1.2. Princípio da intervenção mínima; 2.2 Princípios relacionados com o fato do agente; 2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato; 2.2.2. Princípio da legalidade; 2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco; 2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade; 2.3. Princípios relacionados com o agente do fato; 2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal; 2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva; 2.3.3. Princípio da culpabilidade; 2.3.4. Princípio da igualdade; 2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa); 2.4. Princípios relacionados com a pena; 2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.4.2. Princípio da individualização da pena; 2.4.3. Princípio da proporcionalidade; 2.4.4. Princípio da pessoalidade; 2.4.5. Princípio da vedação do *bis in idem*

1. PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

Previamente à análise dos princípios penais, convém, ainda que de maneira muito breve, tecer alguns comentários aplicáveis a toda a espécie de princípio.

Os princípios podem ser explícitos, positivados no ordenamento, ou implícitos, quando derivam daqueles expressamente previstos e que decorrem de interpretação sistemática de determinados dispositivos. Como exemplo dos primeiros, temos o da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, do qual deriva, implicitamente, o da proporcionalidade, segundo o qual se deve estabelecer um equilíbrio entre a gravidade da infração praticada e a severidade da pena, seja em abstrato, seja em concreto.

Devem ser ressaltadas **duas** diferenças básicas entre a lei e os princípios.

A **primeira** diz respeito à solução de conflito existente entre ambos. Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios.

Neste caso, invoca-se a proporcionalidade⁵⁵ (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Logo, não há revogação de princípios.

Essa distinção é também preconizada por **RONALD DWORKING**, que explica que:

55. A proporcionalidade aqui mencionada não se confunde com o princípio penal com essa mesma denominação, que é derivado da individualização da pena e que não se destina à solução de conflitos entre princípios.

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”⁵⁶.

É por este motivo que os princípios continuam válidos no plano abstrato, embora no plano concreto um deles possa ter prevalecido sobre o outro.

Outra diferença está no plano da concretude. Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses. Por exemplo: a norma incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal serve para reger todas as situações em que ocorra um furto. De outra parte, o princípio da legalidade serve de respaldo para a análise de todo o Direito, e, por conta disso, permeia a análise de todos os tipos penais.

Feitas estas breves considerações, passemos à análise dos princípios norteadores do Direito Penal.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL⁵⁷

2.1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal

2.1.1. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Segundo LUIZ REGIS PRADO:

“Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.”⁵⁸

56. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-46.

57. O estudo dos princípios tomará como base a classificação adotada por Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes na obra “Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais” (ed. Revista dos Tribunais), na qual os mestres os separam em quatro grupos: 1 – princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal; 2 – princípios relacionados com o fato do agente; 3 – princípios relacionados com o agente do fato; 4 – e, por fim, princípios relacionados com a pena.

58. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

Como se observa, a noção de bem jurídico pressupõe a relevância para a sociedade de determinado “ente material ou imaterial”⁵⁹, o que deve encontrar respaldo nos valores que emanam da Constituição e nos princípios do Estado Democrático e Social do Direito.

Partindo dessas premissas, não poderia o Estado (legislador) utilizar o Direito Penal para, por exemplo, criminalizar o exercício de uma religião específica, sabendo que a liberdade de crença é assegurada pela Constituição Federal. Assim como seria inconcebível a tipificação fundamentada na proibição pela proibição ou mesmo a utilização da lei penal como simples instrumento de obediência, sem que se visasse à proteção específica de algum bem jurídico cuja relevância merecesse a intervenção do Direito Penal.

Por isso, a criação de tipos penais deve ser pautada pela proibição de comportamentos que de alguma forma exponham a perigo ou lesionem valores concretos essenciais para o ser humano, estabelecidos na figura do bem jurídico. Note-se que, como lembra JUAREZ TAVARES,

“A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social”⁶⁰.

2.1.2. Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal só deve ser aplicado quando **estritamente necessário**, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter

59. Importa notar que, com o passar dos tempos, os bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento têm adquirido novos contornos. Antes, a proteção recaía predominantemente sobre bens precisos, específicos, materiais, como o patrimônio, vida, integridade física, etc. Atualmente, a tutela penal tem se dado sobre o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, dentre outros. Este fenômeno tem sido denominado **espiritualização, desmaterialização ou dinamização do bem jurídico**, já que a proteção jurídico-penal passa a incidir sobre bens coletivos, difusos e não mais aqueles titularizados por um indivíduo especificamente.

60. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. RT. vol. 3. p. 711/728. Out/2010.

subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*)⁶¹.

O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado.

No entanto, há casos em que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de puni-los à altura da lesão ou do perigo a que submeteram determinado bem jurídico, dotado de relevância para a manutenção da convivência social pacífica.

É a partir daí que se verifica a importância do princípio da intervenção mínima (destinado especialmente ao legislador), segundo o qual o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário (*ultima ratio*), mantendo-se subsidiário. Deve servir como a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados, aplicando-se de forma subsidiária e racional à preservação daqueles bens de maior significação e relevo.

Na lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, o princípio da intervenção mínima:

“Orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a

61. O princípio da intervenção mínima tem sido invocado no debate sobre o alcance das disposições relativas à lavagem de dinheiro, especialmente após a alteração da Lei nº 9.613/98. Sabe-se que, em sua redação original, o art. 1º da referida Lei trazia um rol de crimes, em geral graves, que poderiam ser considerados antecedentes à lavagem. Uma vez em vigor a Lei nº 12.683/12, aboliu-se o rol antecedente, razão por que qualquer infração penal da qual resultem bens, direitos ou valores passíveis de ocultação ou de dissimulação pode caracterizar a conduta pressuposta. É nesta circunstância que a intervenção mínima ganha destaque, pois há apontamentos no sentido de que deve ser observada a carga de gravidade da infração penal anterior para que eventualmente se legitime a punição do branqueamento de recursos dela advindos. Dessa forma, se o ato de converter em ativo lícito o produto de rendosa atividade de “jogo do bicho” pode atrair a incidência da lei penal de lavagem, o mesmo não poderia ser dito a respeito de conduta semelhante relativa ao produto pouco vultoso de um bingo promovido isoladamente. Sobre o assunto, pontua Luiz Flávio Gomes: “Não é qualquer ofensa que constitui o delito de lavagem de dinheiro. Os órgãos encarregados da investigação e processamento da lavagem de dinheiro não podem bagatelarizar a lei, admitindo sua incidência em qualquer caso. Da lei não constou nenhum critério objetivo para definir o que é relevante e o que não é. Como linha de princípio, pensamos que o mesmo critério reinante do princípio da insignificância e vigente para os crimes tributários deve valer para a lavagem” (Disponível em <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/pela-nao-bagatelarizacao-da-lavagem-de-dinheiro-sujo/>).

sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas”⁶².

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, seguindo a mesma linha, já enfatizava que:

“Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa”⁶³.

Como desdobramento lógico da fragmentariedade, temos o **princípio da insignificância**. Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, poderá ocorrer situação em que a ofensa concretamente perpetrada seja diminuta, isto é, **incapaz** de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina “**infração bagatelar**”, ou “**crime de bagatela**”.

Para análise adequada do princípio da insignificância, alguns apontamentos acerca da tipicidade penal devem ser efetuados.

Primeiramente, deve-se ter em consideração que a doutrina entendia a tipicidade como sendo a subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de “tipicidade formal”. A tendência atual, todavia, é a de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante.

A tipicidade conglobante, por sua vez, deve ser analisada sob dois aspectos: **(A)** se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e **(B)** se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal (antinormatividade).

Assim, não basta a existência de previsão abstrata a que a conduta empreendida se amolde perfeitamente, sendo necessário que essa conduta não seja fomentada e que atente de fato contra o bem jurídico tutelado. Deverá ser feito um juízo entre as consequências do crime praticado e a reprimenda a ser imposta ao agente.

62. Ob. cit., p. 17.

63. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

O princípio da insignificância tem lugar justamente neste primeiro aspecto da tipicidade globante, a **tipicidade material**.⁶⁴

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sob o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade.

Segundo CARLOS VICO MANÁS, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção da fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.” Para ele, tal princípio funda-se “na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.”⁶⁵

Os tribunais pátrios têm aceitado copiosamente o princípio da insignificância. O **Supremo Tribunal Federal**, por exemplo, assim tem decidido:

“1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal”⁶⁶.

64. A tipicidade material não está relacionada apenas com o princípio da insignificância. Resumidamente, temos o seguinte: a) princípio da insignificância: é materialmente atípica a conduta que provoca uma lesão irrelevante ao bem jurídico; b) princípio da lesividade: é materialmente atípica a conduta que não provoca sequer ameaça de lesão ao bem jurídico; c) princípio da adequação social: é materialmente atípica a conduta socialmente adequada; d) princípio da alteridade: é materialmente atípica a conduta que não lesa bens jurídicos de terceiros; e) atos determinados por lei: é materialmente atípica a conduta considerada lícita pelo ordenamento jurídico.

65. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 56 e 81.

66. STF – Primeira Turma – HC 108946 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 07/12/2011.

A aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita. Não é suficiente que o valor do bem subtraído seja irrelevante (furtar uma caneta da marca “Bic”, por exemplo). Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que se possa alegar a insignificância da conduta. São eles: **(A)** a mínima ofensividade da conduta do agente, **(B)** a ausência de periculosidade social da ação, **(C)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, **(D)** a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Como bem observa **PAULO QUEIROZ**, tais requisitos (exigidos pelo STF) para permitir a aplicação do princípio da insignificância parecem tautológicos:

“Sim, porque se mínima é a ofensa, então a ação não é socialmente perigosa; se a ofensa é mínima e a ação não perigosa, em consequência, mínima ou nenhuma é a reprovação, e, pois, inexpressiva a lesão jurídica. Enfim, os supostos requisitos apenas repetem a mesma idéia por meio de palavras diferentes, argumentando em círculo”⁶⁷.

Guiando-se por esses requisitos, em algumas situações específicas o princípio da insignificância não terá lugar, tendo sido afastado por diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira o quadro abaixo com as principais decisões desses tribunais, ressaltando-se, ao lado, se houve, na espécie, aplicação ou não o princípio da insignificância.

67. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

	JURISPRUDÊNCIA	APLICAÇÃO
Requisitos para a aplicação do princípio da insignificância	STF “O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (A) mínima ofensividade da conduta do agente, (B) nenhuma periculosidade social da ação, (C) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (D) inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 116242, Primeira Turma, DJe 17/09/2013) “O Plenário aduziu ser necessário ter presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância. Negar a tipicidade significaria afirmar que, do ponto de vista penal, as condutas seriam lícitas. Além disso, a alternativa de reparação civil da vítima seria possibilidade meramente formal e inviável no mundo prático. Sendo assim, a conduta não seria apenas penalmente lícita, mas imune a qualquer espécie de repressão. Isso estaria em descompasso com o conceito social de justiça, visto que as condutas em questão, embora pudessem ser penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente. Ante a inação estatal, poder-se-ia chegar à lamentável consequência da justiça privada. Assim, a pretexto de favorecer o agente, a imunização de sua conduta pelo Estado o deixaria exposto a uma situação com repercussões imprevisíveis e mais graves. Desse modo, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolveria juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importaria investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, acabasse desvirtuado o objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Aliás, as hipóteses de irrelevância penal não teriam passado despercebidas pela lei, que conteria dispositivos a contemplar a mitigação da pena ou da persecução penal. Para se conduzir à atipicidade da conduta, portanto, seria necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. Seria indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada” (HC 123108/MG, Plenário, DJe 17/08/2015).	
	STJ “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que, para a configuração do delito de bagatela, devem estar presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva” (HC AgRg no REsp 1388342, Quinta Turma, DJe 10/09/2013)	

	LEGISLAÇÃO	RESPOSTA
Reincidência /maus antecedentes / habitualidade	STF “Tentativa de furto. Bem de pequeno valor (R\$ 100,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva ” (HC 108872, Segunda Turma, DJe 23/09/2011).	SIM
	STF “Reincidência do Paciente assentada nas instâncias antecedentes. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 4. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal” (HC 115707, Segunda Turma, DJe 12/08/2013)	NÃO
	STJ “Na hipótese dos autos, a despeito do débito tributário, das mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal, ser inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não ocorre o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Agravante – que habitualmente pratica crimes de descaminho” (AgRg no REsp 1277340/SP, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012). “De acordo com a jurisprudência do STJ, a reiteração delitiva impede o reconhecimento do princípio da insignificância, já que demonstra a periculosidade do agente” (AgRg no AREsp 334272, Quinta Turma, DJe 02/09/2013)	NÃO
Reincidência /maus antecedentes / habitualidade	STJ “Ainda que se trate de acusado reincidente ou portador de maus antecedentes, deve ser aplicado o princípio da insignificância no caso em que a conduta apurada esteja restrita à subtração de 11 latas de leite em pó avaliadas em R\$ 76,89 pertencentes a determinado estabelecimento comercial” (HC 250.122, Sexta Turma, DJe 01/08/2013)	SIM
A lesão é insignificante considerando-se a capacidade financeira da vítima	STF “Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor “subtraído representava todo o valor encontrado no caixa (fl. 11), sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta.” Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, entendo que não houve inexpressividade da lesão jurídica provocada” (RHC 96813, Segunda Turma, DJe 24/04/2009)	NÃO

	JULGADO	APLICA-SE?
A lesão é insignificante considerando-se a capacidade financeira da vítima	STJ “O princípio da insignificância é aplicável em hipóteses em que o comportamento, apesar de formalmente típico, não ocasiona – no plano material – perturbação social. Tal exame, nos crimes patrimoniais, passa pela apreciação do reduzido valor da coisa e da capacidade econômica da vítima.” (HC 159.976/SP, Sexta Turma, DJe 22/02/2012) “A verificação da lesividade mínima da conduta apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado.” (REsp 1224735, Quinta Turma, DJe 20/03/2012)	NÃO
Crimes contra a ordem tributária (Descaminho, Apropriação Indébita Previdenciária, Sonegação Fiscal)	STF “A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Descaminho envolvendo elisão de tributos federais em quantia de R\$ 15.748,38 (quinze mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta e oito centavos) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito dada a aplicação do princípio da insignificância” (HC 123635, Primeira Turma, DJe 12/09/2014)	SIM
	STJ “1. O STJ tem posicionamento consolidado no sentido de que o princípio da insignificância apenas pode ser aplicado ao delito de descaminho quando o montante do tributo elidido for inferior a R\$ 10.000,00, a teor do art. 20 da Lei n. 10.522/02. 2. Conquanto tenha o Ministério da Fazenda determinado, por meio da Portaria n. 75/2012, o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00, esta Corte firmou a orientação que o parâmetro para a aferição da atipicidade material da conduta permanece inalterado. Precedentes” (AgRg no REsp 1400187, Quinta Turma, DJe 13/05/2014)	SIM
Crimes contra a ordem tributária (Descaminho, Apropriação Indébita Previdenciária, Sonegação Fiscal)	“O parâmetro considerado para a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho é o valor de dez mil reais fixado no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, e não o previsto na Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1405236, Sexta Turma, DJe 11/06/2014)	SIM

	ULGADO	APLICA-SE?
Contrabando	STF “Contrabando. 3. Aplicação do princípio da insignificância. 4. Impossibilidade. Desvalor da conduta do agente. 5. Ordem denegada” (HC 110.964, Segunda Turma, DJe 02/04/2012)	NÃO
	STJ “Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes de contrabando de máquinas caça-níqueis ou de outros materiais relacionados com a exploração de jogos de azar. Inserir no território nacional itens cuja finalidade presta-se, única e exclusivamente, a atividades ilícitas afeta diretamente a ordem pública e demonstra a reprovabilidade da conduta” (REsp. 1212946, Quinta Turma, DJe 11/12/2012).	
Crime eleitoral	TSE “O crime tipificado no inciso III do § 5o do art. 39 da Lei no 9.504/1997 – divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições – encerra acentuada gravidade e inegável dano à sociedade, porque atenta contra a liberdade de escolha dos eleitores, traduzindo bem jurídico de elevada expressão”. Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, proveu o recurso. <i>Recurso Especial no 11887-16/RN, rel. Min. Cármen Lúcia, em 3.5.2011.</i>	Não
Crimes contra a Administração Pública /Dec. Lei nº 201/67	STF “Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.” (HC 104286, Segunda Turma, DJe 20/05/2011) “Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento” (HC 112388, Segunda Turma, DJe 14/09/2012)	SIM

	LEGADO	LEGISLAÇÃO
Crimes contra a Administração Pública / Dec. Lei nº 201/67	STJ “O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa.” (REsp 1275835, Quinta Turma, DJe 01/02/2012)	NÃO
Moeda Falsa / Fé pública	STF “Consoante jurisprudência deste Tribunal, inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de moeda falsa, em que objeto de tutela da norma a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro, não sendo determinante para a tipicidade o valor posto em circulação” (HC 105638, Primeira Turma, DJe 12/06/2012)	NÃO
	STJ “O delito de moeda falsa não se compatibiliza com a aplicação do princípio da insignificância, segundo iterativa jurisprudência desta Corte, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo artigo 289 do Código Penal é a fé pública, insuscetível de ser mensurada pelo valor e pela quantidade de cédulas falsas apreendidas” (AgRg no REsp 1227113, Sexta Turma, DJe. 21/06/2013) “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância, haja vista que o bem jurídico tutelado é a fé pública, a credibilidade da moeda e a segurança de sua circulação, independentemente da quantidade e do valor das cédulas falsificadas” (AgRg no AREsp 82637, Quinta Turma, DJe 12/04/2013)	NÃO
Posse de droga para uso pessoal	STF “No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes”. (HC 102940, Primeira Turma, DJe 06/04/2011)	NÃO
	STJ “Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o recorrente - 1,19 g (um grama e dezenove decigramas) de cocaína - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio” (RHC 36195, Quinta Turma, DJe 06/08/2013)	NÃO

Tráfico de drogas/ Crimes de perigo abstrato	STF “Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da mínima ofensividade da conduta (em face da quantidade apreendida), ou, também, da ausência de periculosidade da ação, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado concreto da ação, o que também afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.” (HC 97777, Primeira Turma, DJe 22/11/2010)	NÃO
Rádio clandestina	STJ “Não se afigura possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente” (HC 240258, Quinta Turma, DJe 13/08/2013)	NÃO
	STF “A 2ª Turma denegou habeas corpus no qual se requeria o trancamento da ação penal pelo reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância à conduta de operar de forma clandestina rádios com frequência máxima de 25W. No caso, o paciente fora condenado pelo delito de atividade clandestina de telecomunicações (Lei 9.472/97, art. 183). Entendeu-se que a conduta perpetrada pelo réu conteria elevado coeficiente de danosidade, já que comprovado, por laudo da Anatel, clara interferência à segurança do tráfego aéreo com eventuais consequências catastróficas. Destacou-se que estaria ausente um dos elementos necessários para a incidência do aludido postulado, qual seja, a indiferença penal do fato” (HC 111.518, Segunda Turma, DJe 26/03/2013)	NÃO
	STJ “A jurisprudência de ambas as Turmas da 3ª Seção do STJ orienta-se no sentido de que, em relação ao delito do art. 183 da Lei 9.472/97, “não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a ser possível a aplicação do princípio da insignificância. A instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização dos órgãos e entes com atribuições para tanto - o Ministério das Comunicações e a ANATEL -, já é, por si, suficiente a comprometer a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações, o que basta à movimentação do sistema repressivo penal” (STJ, AgRg no AREsp 108.176/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 09/10/2012)” (AgRg no AREsp 299913, Sexta Turma, DJe 07/08/2013)	NÃO

	TITULADO	APLICA-SE?
Crime ambiental	STF “CRIME – INSIGNIFICÂNCIA – MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado.” (AP 439, Tribunal Pleno, DJe 13-02-2009) “Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtivae de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento” (HC 112563, Segunda Turma, DJe 10/12/2012)	SIM
	STJ “Aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado” (HC 178203, Sexta Turma, DJe 01/07/2013)	SIM

A doutrina **moderna** convencionou distinguir o princípio da insignificância ou da bagatela própria e da bagatela imprópria (irrelevância penal do fato).

Na **bagatela própria** não se aplica o direito penal em razão da insignificância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. A ninharia é de tal ordem que o interesse tutelado pela norma, não obstante o ato praticado pelo autor, não sofreu nenhum dano ou ameaça de lesão relevante. A conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica. Logo, não é criminosa, não se justificando a aplicação do direito penal. É o que ocorre, por exemplo, com a subtração de um frasco de shampoo de uma grande rede de farmácia. Embora formalmente típica (prevista em lei como crime de furto, art. 155 do CP), a conduta é atípica sob o enfoque material (carecendo de relevante e intolerável ofensa ou ameaça de ofensa ao bem jurídico).

Já na **bagatela imprópria (irrelevância penal do fato)**, conquanto presentes o desvalor da conduta e do resultado, evidenciando-se conduta típica (formal e materialmente), antijurídica e culpável, a aplicação da pena, considerando as circunstâncias do caso concreto, em especial o histórico do autor do fato, torna-se desnecessária. Parte-se da premissa de que a função da pena/sanção não pode ser meramente retributiva, mas, acima de tudo, preventiva. Ainda que o crime esteja plenamente configurado, incluindo na força deste advérbio de modo, o reconhecimento de lesão ao bem jurídico, a pena, enquanto resposta jurídico-estatal ao crime, pode não ser aplicada desde que presentes fatores que comprovam a sua inocuidade ou contraproducência. Imaginemos agente primário que, depois de furtar coisa com significado econômico para a vítima, se arrepende e devolve o objeto subtraído. Pela letra da lei, teria o autor praticado crime (fato formal

e materialmente típico, ilícito e culpável), merecendo, ao final do processo, o beneplácito do arrependimento posterior (art. 16 do CP), causa de diminuição de pena. Para os adeptos da bagatela imprópria a solução pode ser outra. O magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto, estaria autorizado a absolver se concluir que a pena, na hipótese, é desnecessária, inócua, contraproducente. O fundamento legal para aplicar este princípio estaria, na visão dos seus adeptos, no art. 59 do CP, quando, na sua parte final, vincula a aplicação da pena à sua necessidade.⁶⁸

Explicam ALICE BIANCHINI, ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES:

“Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o da irrelevância penal do fato)”⁶⁹.

Em resumo: o **princípio da bagatela própria** se aplica aos fatos que já nascem irrelevantes para o Direito Penal, enquanto que o **princípio da bagatela imprópria** tem aplicação quando, embora relevante a infração penal praticada, a **pena**, diante do caso concreto, não é necessária, deixando de ser aplicada pelo magistrado.

Deve-se distinguir, ainda, o princípio da insignificância do **princípio da adequação social**.

O princípio da adequação social foi idealizado por HANS WELZEL⁷⁰, definindo que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica⁷¹ se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

O princípio da adequação tem **duas funções** precípuas: (A) de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal (limitando sua interpretação ao excluir as condutas socialmente aceitas) e (B) de orientar o legislador na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, atuando, também, no processo de descriminalização de condutas.

Assim, o princípio da adequação social apresenta as mesmas funções do princípio da intervenção mínima, embora possuam fundamentos distintos – aquele, a aceitação da conduta pela sociedade; este, a ínfima relevância da lesão ao bem jurídico.

68. O STF negou a aplicação do princípio da bagatela imprópria num caso de violência doméstica e familiar contra a mulher em que o casal, mesmo após a condenação do agente, reatou o relacionamento e continuou a conviver normalmente. Argumentou-se não ser possível considerar insignificante a agressão cometida contra a mulher no âmbito familiar, pois isso significaria desprestigiar o sistema de proteção que o legislador almejou ao editar a Lei 11.340/06 (HC 130.124).

69. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, vol. 1. p. 305.

70. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 12ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 83.

71. Para parte da doutrina, a adequação social seria uma causa excludente da antijuridicidade.

Em linhas conclusivas, registramos a advertência que faz **CEZAR ROBERTO BITENCOURT** sobre a adequação social:

“O certo é que a imprecisão do critério da ‘adequação social’ – diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência –, que, na melhor das hipóteses, não passa de um *princípio sempre inseguro e relativo*, explica por que os mais destacados penalistas internacionais, entre outros, não o aceitam nem como *excludente da tipicidade* nem como *causa de justificação*”⁷².

2.2 Princípios relacionados com o fato do agente

2.2.1. Princípio da exteriorização ou materialização do fato

Pelo princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine actio*), o Estado só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos (e nunca condições internas ou existenciais). Em outras palavras, está consagrado o **Direito Penal do fato**, vedando-se o **Direito Penal do autor**, consistente na punição do indivíduo baseada em seus pensamentos, desejos ou estilo de vida.

O pluralismo de ideias e a ausência de preconceitos são premissas do Estado Democrático de Direito⁷³, de modo que não se admite a criação de tipos penais incriminadores da personalidade do cidadão. Como adverte Beccaria, “Se a intenção fosse punida, seria necessário ter não apenas um Código particular para cada cidadão, mas uma nova lei penal para cada crime”⁷⁴.

Alertamos, no entanto, que o nosso ordenamento penal, de forma legítima, adotou o **Direito Penal do fato, mas que considera circunstâncias relacionadas ao autor**, especificamente quando da análise da pena (personalidade, antecedentes criminais), corolário do mandamento constitucional da individualização da sanção penal.

2.2.2. Princípio da legalidade

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Reforçando essa garantia, o artigo 5º, XXXIX da Carta Magna (com idêntica redação do artigo 1º do CP) anuncia que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

72. Ob. cit., p. 25.

73. Nos termos do preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifos adotados).

74. Ob. cit., p. 71.

Trata-se de **real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais**, daí sua inclusão na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais.

Para uns, o postulado da legalidade nasceu no Direito romano; para outros, na Carta do Rei João Sem Terra (1215)⁷⁵. Entre os estudiosos do Direito Penal, contudo, prevalece que tem fundamento histórico no contrato social idealizado no período iluminista, tendo sido recepcionado pela Revolução Francesa.

Trata-se, portanto, de garantia consolidada e reconhecida, inclusive, por tratados e convenções internacionais, a exemplo do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Roma, 1950)⁷⁶, da Convenção Americana de Direitos Humanos (San José da Costa Rica, 1969)⁷⁷ e Estatuto de Roma (Roma, 1998)⁷⁸.

Conhecido em latim como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, é mandamento revestido de maior importância num Estado Democrático de Direito, servindo como determinante à subordinação de todos à iraperatividade da lei, limitando inclusive o exercício do poder pelo governante. Ensina, a esse respeito, **ALEXANDRE DE MORAES**:

“Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional de que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem: da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão — eis a lei”⁷⁹.

Possui **três fundamentos**:

(A) Político, numa clara exigência de vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário a leis formuladas de forma abstrata, impedindo o poder punitivo arbitrário;

75. Sua correspondência mais remota de que se tem notícia é a *Magna Charta Libertatum* de 1215, que em seu item 39 dispunha: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular por seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

76. Artigo 7°. Princípio da legalidade. 1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida.

77. Artigo 9°. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

78. Art. 22. *Nullum Crimen Sine Lege*. 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

79. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Atlas: São Paulo, 2006, p. 36.

(B) Democrático, que representa o respeito ao princípio da divisão de poderes, conferindo aos representantes do povo (parlamento) a missão de elaborar as leis;

(C) Jurídico, pois a lei prévia e clara produz importante efeito intimidativo.

Presente também em outros ramos do Direito, a garantia da legalidade ganha ainda maior relevância na seara penal, uma vez que este ramo representa essencialmente exercício de poder e, em sendo assim, precisa ser limitado. A punição estatal não pode estar a serviço da tirania e da vilania de um administrador (intervenção penal autoritária), sendo indispensável restringir o poder de polícia do Estado, submetendo a sua vontade ao “império da lei”⁸⁰.

A evolução do Direito Penal é, destarte, marcada pela evolução de suas garantias, de modo que esse princípio se constitui no ponto básico para que se possa falar em criação de um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, deve-se afirmar que a legalidade é o ponto basilar do garantismo, na concepção difundida por **LUIGI FERRAJOLI**, representando:

“Um esquema epistemológico de identificação da desviação penal destinada a assegurar, em relação a outros modelos de direito historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e, pois, o máximo grau de limitação da potestade punitiva e de tutela da pessoa humana contra a arbitrariedade”⁸¹.

Também advém da doutrina a ampliação que se dá à redação do artigo 1º do Código Penal (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”). Justamente por ser este postulado uma conquista do indivíduo contra o poder de polícia do Estado, onde se lê “crime”, deve-se interpretar “infração penal”, englobando, portanto, as contravenções penais; onde se lê “pena”, por sua vez, deve-se ler “sanção penal”, incluindo as medidas de segurança⁸².

Na busca da real garantia ao cidadão, não basta que a infração penal tenha sido instituída por lei (em sentido estrito), mas deve ser esta prévia ao fato criminoso, escrita, estrita e certa, além de necessária.

Daí porque a doutrina desdobra o princípio em exame em outros **seis**:

(A) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei.

Segundo o **princípio da reserva legal**, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas

80. Ob. cit., p. 41.

81. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 378.

82. A aplicabilidade do princípio da reserva legal às medidas de segurança é divergente na doutrina. Para alguns doutrinadores, considerando a função meramente terapêutica das medidas de segurança não se aplicaria o princípio em estudo.

de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88 e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Desta maneira, consoante lições de **PAULO QUEIROZ**:

“Medida provisória não pode definir infrações penais ou cominar penas. Quer pela efemeridade, quer pela incerteza que traduz, dada a possibilidade de sua não-conversão em lei ou de sua rejeição pelo Congresso Nacional, é claramente incompatível com o postulado de segurança jurídica que o princípio quer assegurar. Dificilmente se poderá compatibilizar ainda os pressupostos de relevância e urgência da medida com pretensões criminalizadoras, sobretudo à vista dos múltiplos constrangimentos que podem ocorrer no curto espaço de sua vigência”⁸³.

Embora não possam criar infrações penais, as medidas provisórias podem versar sobre direito penal não incriminador. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a vedação constante do artigo 62, §1º, I, “b” da CF/88⁸⁴ não abrange as normas penais benéficas, assim consideradas “as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade”.

Por este motivo, o Pretório Excelso, no julgamento do RE 254.818/PR, discutindo os efeitos benéficos pela MP 1571/97, que permitiu o parcelamento dos débitos tributários e previdenciários com efeitos extintivos da punibilidade, proclamou sua admissibilidade em favor do réu. Deve-se anotar, entretanto, que essa Medida Provisória foi editada em 1997, enquanto que a vedação às MPs com conteúdo de direito penal adveio somente com a E.C. nº 32/2001.

Não obstante, temos no ordenamento jurídico pátrio exemplo de medida provisória versando sobre direito penal favorável ao réu, mesmo após a referida emenda constitucional. São as MPs editadas em função do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Entre os anos de 2003 e 2008, a posse irregular de arma de fogo fora considerada fato atípico em função de sucessivas medidas provisórias regularmente editadas pela Presidência da República⁸⁵, até que a MP 417/08 foi convertida na Lei nº 11.706/08. No período mencionado, ainda que apreciando de forma indireta o tema, o STF não se afastou do

83. Ob. cit., p. 41.

84. CF/88. Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil (redação dada pela E.C. nº 32/2001).* Grifos não contidos no original.

85. Foram as Medidas Provisórias nº 253 (2005), 379, 390, 394 (2007) e 417 (2008), todas com reflexos na esfera penal, porquanto modificavam o prazo para que o possuidor de arma de fogo irregular realizasse a devida regularização perante a Polícia Federal.

seu entendimento anterior à EC nº 32/2001, admitindo a MP veiculando conteúdo de direito penal benéfico⁸⁶.

Também é **inadmissível** que a lei delegada verse sobre direito penal, com fundamento no artigo 68, §1º, CF/88⁸⁷, uma vez que a redação do dispositivo, a um só tempo, impede a delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e veda que a lei delegada discipline sobre direitos individuais, matéria ínsita a toda norma penal.

Por fim, resoluções de quaisquer espécies (TSE, CNJ, CNMP, dentre outras) não podem criar infrações penais, porquanto não são lei em sentido estrito⁸⁸.

(B) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei anterior.

Pelo **princípio da anterioridade**, a criação de tipos e a cominação de sanções exige lei anterior, proibindo-se a retroatividade maléfica⁸⁹.

Paulo Queiroz, citando Hobbes, esclarece que, se a pena supõe um fato considerado como transgressão à lei, o dano praticado antes de existir a lei que não o proibia não é uma pena, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão à lei. Por isso que a CF (e o CP) dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, de sorte que a formulação completa do princípio da legalidade compreende, necessariamente, a anterioridade da lei e sua irretroatividade⁹⁰.

Por este motivo, é possível afirmar que o artigo 3º do Código Penal Militar⁹¹, no trecho que confere prevalência da medida segurança vigente ao tempo da sua execução sobre

86. “*HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO-OCORRÊNCIA. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas ‘possuir ou ser proprietário’ foram abolidas temporariamente. A vingar a tese de abolitio criminis temporária quanto ao porte ilegal, chegar-se-á ao absurdo de admitir que qualquer pessoa pode transitar livremente em público portando arma de fogo. Ordem denegada*”. (STF – Segunda Turma – HC 88594 – Rel. Min. Eros Grau – DJ 02/06/2006)

87. CF/88. Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º – Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.*

88. As menções a condutas criminosas indicadas nas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são meras consolidações de tipos penais previamente tipificados por lei.

89. Apesar de ser postulado dominante nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, indica Luis Luisi que, na história constitucional do nosso século já houve previsões desrespeitando a irretroatividade da lei maléfica, a exemplo do Código Penal da União Soviética, que, com seu artigo 3, objetivava a punição dos atos antirrevolucionários. *{Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: SAFEditor, 2003, p. 24.}*

90. Ob. cit., p. 105.

91. CPM. Art. 3º *As medidas de segurança regem-se pela lei [RESERVA LEGAL] vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução [NÃO RESPEITA A ANTERIORIDADE].*

aquela vigente ao tempo da sentença, **não** foi recepcionado pela CF/88, configurando claro desrespeito à anterioridade.

(C) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei escrita.

Só a lei escrita pode criar crimes e sanções penais, excluindo-se o direito consuetudinário para fundamentação ou agravamento da pena. O próprio mandamento insculpido no artigo 5º, II da CF/88 ("*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*") exclui a possibilidade do costume como fonte de deveres.

Entretanto, tem o costume grande importância no direito penal, em especial na elucidação do conteúdo dos tipos, como ocorre com a expressão "repouso noturno", constante do artigo 155, §1º do Código Penal, e cuja compreensão adequada perpassa pela perquirição do costume da localidade em que se deu a subtração da coisa. Ademais, a aplicação *in bonam partem* do costume também é, por alguns doutrinadores, reconhecida como legítima.

(D) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei estrita.

Proíbe-se a utilização da analogia para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar pena. Tendo como norte este desdobramento do princípio da legalidade, o STF declarou a atipicidade da conduta do agente que furta sinal de TV a cabo, asseverando ser impossível a analogia (*in malam partem*) com o crime de furto de energia elétrica, previsto no artigo 155, §3º, CP⁹².

Note-se, contudo, que a analogia *in bonam partem* é perfeitamente possível, como ressaltado anteriormente, encontrando justificativa no princípio da equidade.

(E) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei certa.

O princípio da taxatividade ou da determinação é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, exigindo dos tipos penais clareza, não devendo deixar margens a dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo criado.

Segundo afirma LUIZ LUISI:

"Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei"⁹³.

92. STF – Segunda Turma – HC 97261 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02/05/2011 – Informativo 623.

93. Ob. cit., p. 24.

Como exemplo de tipo vago, incerto, temos o artigo 20 da Lei nº 7.170/1983, que prevê crime sujeito a pena de reclusão de 3 a 10 anos a conduta de “Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal **ou atos de terrorismo**, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas” (grifamos). Note-se que a expressão “atos de terrorismo” é genérica, imprecisa, ambígua, ferindo o princípio da taxatividade.

CESARE BECCARIA alerta quanto à necessidade de edição de leis certas. Assevera o MARQUÊS:

“Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões”⁹⁴.

(F) Não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei necessária.

Desdobramento lógico do **princípio da intervenção mínima**, não se admite a criação da infração penal sem necessidade, em especial quando a conduta indesejada pelo meio social pode perfeitamente ser inibida pelos outros ramos do Direito.

Neste contexto, andou bem o legislador ao revogar o crime de “Sedução” (art. 217 do CP) e adultério (art. 240 CP). Embora os tipos trouxessem condutas consideradas imorais, indesejadas, sua pouca relevância não reclamava a intervenção do Direito Penal como forma de repressão estatal à sua prática.

Em síntese:

NÃO HÁ CRIME	
1)	sem lei (admite-se somente lei em sentido estrito);
2)	anterior (veda-se retroatividade maléfica da lei penal.);
3)	escrita (veda-se o costume incriminador);
4)	estrita (veda-se a analogia incriminadora);
5)	certa (veda-se o tipo penal indeterminado);
6)	necessária (intervenção mínima).

A legalidade deve ser compreendida sob dois aspectos: o da legalidade formal e da legalidade material.

A **legalidade formal** representa a obediência aos trâmites procedimentais (devido processo legislativo) fazendo da lei aprovada, sancionada e publicada uma **lei vigente**. Entretanto, para que haja **legalidade material**, a observância às formas e procedimentos impostos não é suficiente, sendo imprescindível que a lei respeite o conteúdo da

94. Ob. cit. p. 42.

Constituição Federal, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos, observando direitos e garantias do cidadão. Apenas desse modo é possível falar em **lei válida**.

	Legalidade formal	Legalidade material
Exigência	Obediência ao devido processo legislativo.	O conteúdo do tipo deve respeitar direitos e garantias fundamentais do cidadão.
Resultado	lei vigente	lei válida

Com base nessa distinção, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade⁹⁵ do artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos. Embora atendesse à legalidade formal, faltava ao dispositivo a legalidade material, por violação ao princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

2.2.2.1. Princípio da legalidade, tipo aberto e a norma penal em branco

O princípio da legalidade, como visto, exige a edição de lei certa, precisa, determinada.

Vamos identificar a classificação da lei quanto ao conteúdo:

(A) **Completa**: norma penal completa é aquela que dispensa complemento valorativo (dado pelo juiz) ou normativo (dado por outra norma). Exemplo: art. 121 do CP.

(B) **Incompleta**⁹⁶: é a norma penal que depende de complemento valorativo (tipo aberto) ou normativo (norma penal em branco).

Analisemos cada uma das espécies de lei incompleta.

(i) **Tipo aberto**: é aquele que depende de complemento valorativo, a ser conferido pelo julgador no caso concreto. Os crimes culposos, por exemplo, são descritos em tipos abertos, uma vez que o legislador não enuncia as formas de negligência, imprudência e imperícia, ficando a critério do magistrado na análise do caso concreto⁹⁷. Para não ofenderem o princípio da legalidade, a redação típica deve trazer o mínimo de determinação.

Também são abertos os tipos em que o legislador utiliza na sua construção elementos normativos, que demandam juízo de valor do magistrado. O art. 154 do CP, por exemplo, considera violação de sigilo a sua revelação **sem justa causa**. Se houve (ou

95. STF – Tribunal Pleno – HC 82959 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 01/09/2006.

96. Luiz Régis Prado (in Tratado de Direito Penal Brasileiro, v.1, p. 237) classifica de modo diverso. Para o autor, “a lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão-somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal (v.g., Lei 2.889/1956 – Genocídio)”.

97. Excepcionalmente, entretanto, o legislador pode prever a forma de negligência, como ocorre no crime de receptação previsto no artigo 180, §3º, do Código Penal, subtraindo do juiz, de forma legítima, a sua valoração no caso concreto.

não) justa causa depende de análise do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

(ii) **Normal penal em branco:** é aquela que depende de complemento normativo. É dizer: seu preceito primário (descrição da conduta proibida) não é completo, dependendo de complementação a ser dada por outra norma. Esta espécie comporta as seguintes classificações:

(ii.1) **Norma penal em branco própria (ou em sentido estrito ou heterogênea):** o seu complemento normativo não emana do legislador, mas sim de fonte normativa diversa.

Exemplo: a Lei nº 11.343/2006 (editada pelo Poder Legislativo) disciplina os crimes relacionados com o comércio de drogas, porém a aplicabilidade dos tipos penais depende de complemento encontrado em portaria do Ministério da Saúde, a Portaria nº 344/2008 (editada pelo Poder Executivo).

Temos respeitável doutrina questionando a constitucionalidade da norma penal em branco quando complementada por norma inferior (norma penal em branco heterogênea, ou própria), pois implicaria em violação da reserva legal e divisão de poderes.

Neste sentido, Rogério Greco aduz que a norma penal em branco heterogênea impossibilita a discussão amadurecida da sociedade a respeito do complemento, o que acontece quando os projetos de lei são submetidos ao devido processo legislativo (com aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional). Afirma ainda o autor:

“O que na verdade estamos querendo esclarecer é que não haverá, seja na inclusão de novas substâncias (criminalização), seja mesmo na exclusão daquelas já existentes (descriminalização), qualquer discussão por parte do Poder competente para legislar em matéria penal, que é a União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal”⁹⁸.

Comunga deste entendimento **PAULO QUEIROZ**, para quem:

“Semelhante ato viola a um tempo, ainda que indireta e sutilmente, o princípio da reserva legal, por tolerar que simples portaria emanada do Poder Executivo possa dispor sobre matéria penal, criminalizando uma dada conduta, bem como o princípio da divisão de poderes, já que é aquele poder, e não o Legislativo, que acaba legislando em um tal caso”⁹⁹.

Este entendimento, no entanto, está longe de ser majoritário. Entende a quase unanimidade da doutrina, ser **constitucional** a lei penal em branco, mesmo quando complementada por norma inferior, exigindo, porém, que o recurso à técnica da remissão seja absolutamente excepcional, necessário, somente, por razões de técnica legislativa.

98. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. Niterói: Impetus, 2012, p. 23-24.

99. Ob. cit., p. 46.

Nesse sentido, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** é taxativo ao asseverar que:

“As normas em branco não ofendem a legalidade porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa, embora diversa do Direito Penal, previamente determinada e conhecida.”¹⁰⁰.

Para **LUIZ RÉGIS PRADO**, a norma penal em branco não é, por si só, inconstitucional, mas adverte o autor:

“Que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar, em certos casos, ofensa ao princípio da intervenção penal legalizada (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP). Para logo, infere-se que a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da *absoluta* reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade”¹⁰¹.

(ii.2) Norma penal em branco imprópria (ou em sentido amplo ou homogênea): o complemento normativo, neste caso, emana do próprio legislador, ou seja, da mesma fonte de produção normativa. Por motivos de técnica legislativa, o complemento poderá ser encontrado no próprio diploma legal ou em diploma legal diverso. Assim, teremos:

- ***Norma penal em branco imprópria homovitelina:*** o complemento emana da mesma instância legislativa (norma incompleta e seu complemento integram a mesma estrutura normativa).

Exemplo: o artigo 312 do Código Penal trata do crime de peculato, conduta praticada por funcionário público. O conceito de funcionário público, para fins penais, está positivado em outro artigo, mais precisamente o 327, também do Código Penal.

- ***Norma penal em branco heterovitelina:*** o complemento da norma emana de instância legislativa diversa (norma incompleta e seu complemento integram estruturas normativas diversas).

Exemplo: o artigo 236 do Código Penal¹⁰² depende de complemento encontrado no Código Civil, instância legislativa diversa. Note-se que o conceito de “impedimento” é encontrado em diploma legal distinto (Código Civil).

100. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 606-607.

101. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 170.

102. CP, Art. 236 – *Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.*

Norma Penal em Branco Imprópria		
Espécie	Homovitelina	Heterovitelina
Complemento	Lei	Lei
Instância legislativa	Mesma instância legislativa da norma incompleta	Instância legislativa diversa da norma incompleta
Exemplo	Art. 312 do CP (norma incompleta) e Art. 327 do CP (complemento).	Art. 236 do CP (norma incompleta) e Art. 1.521 do Código Civil (complemento).
*. Para Rogério Greco, a norma penal em branco imprópria homovitelina é aquela que encontra complemento no mesmo ramo do direito; heterovitelina, em ramo diverso (Ob. cit., p. 22).		

(ii.3) **Norma penal em branco ao revés (ou invertida):** na norma penal em branco ao revés, o complemento refere-se à sanção, preceito secundário, não ao conteúdo proibitivo (preceito primário).

Exemplo: A Lei nº 2.889/56, que cuida do crime de genocídio, não cuidou diretamente da pena, fazendo expressa referência a outras leis no que diz respeito a esse ponto¹⁰³. O complemento da norma penal em branco ao revés deverá, necessariamente, ser encontrado em lei.

(ii.4) **Norma penal em branco ao quadrado:** neste caso, a norma penal requer um complemento que, por sua vez, deve também ser integrado por outra norma. É o caso do art. 38 da Lei nº 9.605/98, que pune as condutas de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente. O conceito de floresta de preservação permanente é obtido no Código Florestal, que, dentre várias disposições, estabelece uma hipótese em que a área de preservação permanente será assim considerada após declaração de interesse social por parte do Chefe do Poder Executivo.

(ii.5) **Norma penal em branco e instâncias federativas diversas:** a lei penal em branco (própria ou imprópria) pode ser complementada por normas oriundas de instâncias federativas diversas (Poderes Executivo ou Legislativo Federal, Estadual ou Municipal). O art. 63 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por exemplo, pune com reclusão, de 1 a 3 anos, e multa, “alterar aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico ou artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo

103. Lei nº 2.889/56. Art. 1 – Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Será punido: com as penas do artigo 121, parágrafo segundo, do Código Penal, no caso da letra “a” com as penas do artigo 129, parágrafo segundo, no caso da letra “b” com as penas do artigo 271, no caso da letra “c” com as penas do artigo 125, no caso da letra “d” com as penas do artigo 148, no caso da letra “e”.

com a concedida”. Nestes casos, a lei ou ato administrativo criado para proteger a edificação pode ser municipal. Eis, portanto, típico caso de norma penal em branco complementada por norma não federal. É preciso, no entanto, que se atente para o fato de que a iniciativa dessas instâncias federativas no complemento das normas penais em branco deve ser restrita, sob pena de se caracterizar generalizada delegação de competência legislativa privativa da União, expediente vedado pela Constituição Federal. A este respeito, alertam ZAFFARONI e PIERANGELI:

“O Poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco incluir o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra”¹⁰⁴.

(ii.6) *Norma penal em branco e complemento internacional*: é possível que a complementação da norma penal em branco seja proveniente de tratados internacionais, como ocorre atualmente na Lei 12.850/13, que, no art. 1º, § 2º, dispõe ser aplicável a lei “às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”. Esta possibilidade, ressalte-se, não se confunde com a questão, já debatida no Supremo Tribunal Federal, a respeito da utilização de normas internacionais para tipificar delitos. Neste caso, já citado anteriormente nesta obra (HC 96.007), quando tratamos das fontes formais imediatas, o tribunal considerou impossível que a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado fosse utilizada como fonte de conceituação do que se deveria haver por *organização criminosa*. Tratava-se, naquele julgamento, de imputação de lavagem de dinheiro cometida por organização criminosa, obstada pelo tribunal porque, a rigor, a Convenção não tipifica delito nenhum, mas apenas conceitua o que, no âmbito internacional, deve ser tido por *crime organizado*. Não há conduta, tampouco pena, tanto que a ação penal não veiculava acusação específica sobre a reunião de agentes para fins criminosos.

No caso da Lei 12.850/13, todavia, ela própria traz a figura criminosa e estabelece a punição, fazendo referência à norma internacional apenas como fonte de reconhecimento das organizações terroristas internacionais. Não há lacuna neste caso, ao contrário do anterior. Seria, ademais, desarrazoado impedir a aplicação da lei sob o argumento de que se trata de norma internacional porque, sabemos, os tratados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* mínimo de lei ordinária (que, de resto, sequer é pressuposto de complementação da norma penal em branco própria, em sentido estrito ou heterogênea, que é integrada por ato proveniente de fonte normativa diversa). Além disso, as organizações terroristas são assim reconhecidas pelas instâncias internacionais

104. Ob. cit., p. 452.

das quais diversos países fazem parte exatamente para dispensar que cada país tenha de aprovar lei específica com este propósito no âmbito interno, evitando, assim, que atos terroristas sejam cometidos em determinado país e seus autores se refugiem noutro em que a natureza terrorista do grupo não seja internamente reconhecida.

2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade

O princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Explicam ALICE BIANCHINI, ANTONIO MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES que o princípio da ofensividade:

“Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se concluir que o crime exige, sempre, *desvalor da ação* (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime)”¹⁰⁵.

Tal como outros princípios já analisados, o da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.

Uma vez reconhecido este princípio, parcela da doutrina questiona a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato (ou presumido), casos em que da conduta o legislador presume, de forma absoluta, o perigo para o bem jurídico. PAULO DE SOUZA QUEIROZ assinala:

“Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo”¹⁰⁶.

A tese não seduziu os Tribunais Superiores, para quem a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal.

105. Ob. cit., vol. 1, p. 125.

106. Ob. cit., p. 112.

Sem esgotar o tema, trazemos abaixo a posição do **STF** e do **STJ** acerca dos crimes de porte ilegal de arma de fogo quando desmuniada e do crime de embriaguez ao volante, delitos rotulados como de perigo abstrato:

Crime	Julgado
Posse ou porte ilegal de arma de fogo desmuniada (Lei nº 10.826/2003)	STF “A arma de fogo mercê de desmuniada mas portada sem autorização, em desacordo com determinação legal ou regulamentar e com numeração suprimida configura o delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, pois o crime é de mera conduta e de perigo abstrato. 2. O delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente” (HC 107957, Primeira Turma, DJe 15/08/2013) “Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade”. (HC 104410, Segur da Turma, DJe 27/03/2012)* STJ “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no entendimento da sua Quinta Turma, alinhada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou compreensão no sentido de que para a caracterização do tipo descrito no art. 14, da Lei nº 10.826/2003, é irrelevante que a arma de fogo de uso permitido esteja desmuniada, por se tratar de crime de perigo abstrato, que se consuma com o simples porte ilegal”. (HC 175.446, Quinta Turma, DJe 15/06/2012) “Firmou-se nesta Corte o entendimento de que é irrelevante estar a arma desmuniada ou aferir sua eficácia para configuração do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato” (HC 216779, Sexta Turma, DJe 12/09/2013)**
Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB, com redação dada pela Lei nº 11.705/2008)	STF “A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro” (RHC 110258, Primeira Turma, 24/05/2012). “Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.” (HC 109269, Segunda Turma, DJe 11/10/2011)

Crime	Julgado
Embraguez ao volante (art. 306 do CTB, com redação dada pela Lei nº 11.705/2008)	STJ “O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado”. (HC 161.393, 161.393, DJe 03/05/2012) “O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com as alterações procedidas pelas Leis n.º 11.705/08 e n.º 12.760/12, é de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta” (HC 183463, Sexta Turma, DJe 26/08/2013)
*. Em 2010, entendia de modo diverso a Segunda Turma do STJ: “Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniçada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade.” (HC 99449, Segunda Turma, DJe 12/02/2010). ** Em 2011, entendia de modo diverso a Sexta Turma do STJ: “O fato de a arma de fogo estar desmuniçada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo.” (HC 124907, Sexta Turma, DJe 19/10/2011)	

2.3. Princípios relacionados com o agente do fato

2.3.1. Princípio da responsabilidade pessoal

Através deste princípio, proíbe-se o castigo penal pelo fato de outrem. Inexiste, em se tratando de Direito Penal, responsabilidade coletiva.

São desdobramentos deste princípio:

(A) **A obrigatoriedade da individualização da acusação**, ficando proibida a denúncia genérica (vaga ou evasiva). No âmbito do processo penal, a denúncia deve imputar de forma específica a conduta tida como criminosa, sendo inepta a acusação que não individualiza agente e seu comportamento¹⁰⁷.

(B) **A obrigatoriedade da individualização da pena**, considerando a gravidade do fato e as condições do seu autor.

2.3.2. Princípio da responsabilidade subjetiva

O princípio da responsabilidade subjetiva ensina não bastar que o fato seja materialmente causado pelo agente, ficando a sua responsabilidade (penal) condicionada à existência da voluntariedade, leia-se dolo ou culpa.

107. Ressalte-se que, nos crimes societários, têm-se admitido certa flexibilização deste princípio. Nesse sentido: “Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos recorrentes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes” (STJ – Quinta Turma – HC 30.930 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 23/08/2013).

Apesar de haver lições identificando casos de responsabilidade objetiva (sem dolo ou culpa) na embriaguez voluntária e na rixa qualificada, ALICE BIANCHINI, ANTONIO MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES, não sem razão, advertem:

“Está vedada no atual Direito penal a velha fórmula do *versari in re illicita* (segundo a qual quem realiza um ato ilícito deve responder pelas consequências que dele derivam, incluídas as fortuitas), que é radicalmente incompatível com as exigências do princípio da responsabilidade subjetiva. Tampouco se admite a responsabilidade objetiva nos delitos ‘qualificados pelo resultado’, que sempre agravam a pena. Sem a presença de culpa em relação a esse resultado agravador, não há que se falar em responsabilidade penal (...).

O delito de rixa qualificada (CP, art. 137, parágrafo único), que no caso de morte ou lesão grave agrava a pena de todos os agentes, só pelo fato da participação na rixa, hoje deve ser interpretado em consonância com o princípio da responsabilidade subjetiva, ou seja, só responde por esse resultado agravador quem atuou frente a ele com dolo ou culpa. Fora disso é admitir a *versari in re illicita* no Direito penal, o que é vedado.

A exigência de responsabilidade irrestrita da embriaguez voluntária ou culposa (CP, art. 28, II), em todas as situações, mesmo quando não concorre dolo ou culpa, seria uma responsabilidade objetiva no nosso Código Penal. Mas também aqui há uma fórmula para evitá-la: reside na teoria da *actio libera in causa* [que vamos estudar dentro da culpabilidade]. De qualquer modo, por força dessa teoria, quando ao agente no momento precedente (da embriaguez) nem sequer era previsível o resultado, não há que se falar em responsabilidade penal”¹⁰⁸.

2.3.3. Princípio da culpabilidade¹⁰⁹

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da

108. Ob. cit., vol. 1, p. 112.

109. O princípio da culpabilidade pode ser extraído da análise do princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Rogério Greco, possui três sentidos fundamentais: (i) Culpabilidade como **elemento integrante do conceito analítico de crime**: segundo a corrente tripartite, o crime é composto pela tipicidade, antijuridicidade e, como terceiro elemento, pela culpabilidade. A culpabilidade, portanto, é necessária à configuração do crime; (ii) Culpabilidade como **princípio medidor da pena**: já verificada a ocorrência do crime, a aplicação da pena, numa primeira etapa, dependerá da análise do artigo 59 do CP, que estabelece a culpabilidade como uma das circunstâncias consideradas pelo magistrado para fixar a pena-base adequada à reprovação e prevenção do crime; (iii) Culpabilidade como **princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva** (ou responsabilidade penal sem culpa): a conduta do agente pressupõe a existência de dolo ou culpa, elementos sem os quais não é possível se falar em crime (Ob. cit., p. 89).

ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma).

2.3.4. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade (ou da isonomia) está previsto de maneira expressa no *caput* do artigo 5º da CF/88, o qual dispõe: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”. Essa garantia se estende aos estrangeiros, mesmo que não residentes no país¹¹⁰.

A igualdade, entretanto, não deve ser considerada sob o seu aspecto meramente formal, mas substancial, demandando tratamento análogo apenas aos iguais, mas desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Ensina o jurista português **J.J. GOMES CANOTILHO**, ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. Significa “igualdade na aplicação do direito”.

O princípio da igualdade pressupõe não somente a igualdade formal, mas também a igualdade material, ou seja, “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” ou, ainda, deve-se tratar de forma “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”¹¹¹.

Partindo dessa lição, fica fácil compreender (e aceitar) diplomas como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), ambos com natureza de **ação afirmativa**, objetivando proteger personagens sociais historicamente desamparados pelo Estado.

Com base nesse fundamento, aliás, a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha) foi julgada constitucional pelo STF (ADC nº 19), afastando alegações de que o tratamento especialmente protetivo conferido à mulher violaria a isonomia, sobretudo por força do imperativo constitucional positivado no artigo 226, 8º, CF/88¹¹².

110. Nesse sentido: “1. O Princípio da Isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes seja privado da concessão do benefício da substituição da pena privativa por restritiva de direitos quando atende aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal. [...] O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do “*habeas corpus*”, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. – A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório”. (STF – Primeira Turma – HC 103311 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 29/06/2011).

111. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3. ed., Ed. Almedina, p. 399

112. CF/88. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A constitucionalidade das **ações afirmativas** é esclarecida, de forma ímpar, pelas Procuradoras **HELENA LOPES DE FARIA** e **MÔNICA DE MELO**:

“O sistema geral de proteção tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito à diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial”¹¹³.

2.3.5. Princípio da presunção de inocência (ou da não culpa)

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, determina que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Percebam que a nossa Bíblia Política, diferente de alguns documentos internacionais¹¹⁴, não presume, expressamente, o cidadão inocente, mas impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva.

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos.

Analisando com atenção essa questão, reconhecemos que a denominação princípio da presunção de inocência não se coaduna com o sistema de prisão provisória previsto no nosso ordenamento jurídico: como admitir que alguém, presumidamente inocente, seja preso na fase de investigação policial ou no curso da instrução criminal, leia-se, sem a haver sentença penal condenatória?

Por outro lado, parece aceitável a decretação (**excepcional**) de uma prisão temporária ou preventiva sobre alguém não presumido inocente, sobre o qual pairam indícios suficientes de autoria, mas que ainda não pode ser considerado culpado.

O próprio **Supremo Tribunal Federal**, copiosamente, vem preferindo essa denominação, como se depreende desse excerto:

“Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal” (HC 101537)¹¹⁵.

113. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, São Paulo, Centro de Estudos, 1998, p. 373.

114. O artigo 8º. 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Claramente adota o princípio da presunção de inocência.

115. STF – HC 101537 – Primeira Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 14/11/2011.

De acordo com o Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002), podemos enumerar três consequências extraídas deste princípio:

(A) Qualquer restrição à liberdade do investigado/acusado somente se admite após sua condenação definitiva, não evitando, porém, a prisão cautelar ao longo da persecução criminal, desde que imprescindível, exigindo-se adequada fundamentação;

(B) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu, e não a este comprovar sua inocência (o ônus da prova incumbe sempre ao titular da ação penal);

(C) A condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*).

Por fim, é importante anotar que a Súmula Vinculante nº 11¹¹⁶ decorre do princípio sob análise. Segundo o verbete sumular, o uso de algemas deve ser excepcional, já que impõe constrangimento ao cidadão presumidamente não-culpável.

2.4. Princípios relacionados com a pena

2.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.

2.4.2. Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto constitucionalmente. Dispõe o artigo 5º, XLVI, CF/88:

“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (grifamos).

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: **a)** na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; **b)** na imposição da pena pelo juiz; **c)** e na fase de **execução** da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º LEP).

2.4.3. Princípio da proporcionalidade

Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente. Esse mandamento foi aprofundado na teoria geral da pena.

116. Aprofundamos os seguintes princípios (ao lado de outros) no capítulo referente à Teoria Geral da Pena, sítio para onde remetemos o leitor.

2.4.4. Princípio da pessoalidade

O princípio da pessoalidade das penas está insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe:

*“nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”*¹¹⁷.

Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade.

2.4.5. Princípio da vedação do “bis in idem”

Este princípio não está previsto expressamente na Constituição, mas sim no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional:

“Art. 20. Ne bis in idem. 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal”.

Entende-se, majoritariamente, que o princípio em estudo não é absoluto. O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 20, 3, prevê a possibilidade de julgamento por mesmo fato nos casos dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, desde que o primeiro tribunal a realizar o julgamento tenha tentado subtrair a competência do Tribunal Internacional ou não tenha havido a imparcialidade necessária à ação da justiça. Entre nós, a **exceção** ao princípio do *non bis in idem* se encontra no artigo 8º, que autoriza novo julgamento e condenação pelo mesmo fato, nos casos de extraterritorialidade da lei penal brasileira (vide item “eficácia da lei penal no espaço”).

O princípio do *non bis in idem* tem três significados:

(A) **Processual**: ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime;

(B) **Material**: ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato;¹¹⁸

117. A Convenção Americana de Direitos Humanos também disciplina o princípio, prevendo que “a pena não pode passar da pessoa do condenado” (art. 5º, 3, CADH).

118. Sobre a vedação ao *bis in idem*, decidiu o STJ: “O agente que, numa primeira ação penal, tenha sido condenado pela prática de crime de roubo contra uma instituição bancária não poderá ser, numa segunda ação penal, condenado por crime de roubo supostamente cometido contra o gerente do banco no mesmo contexto fático considerado na primeira ação penal, ainda que a conduta referente a este suposto roubo contra o gerente não tenha sido sequer levada ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, vindo à tona somente no segundo processo. De fato, conquanto o suposto roubo contra o gerente do banco não tenha sido sequer levado ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, ele se encontra sob o âmbito de incidência do princípio *ne bis in idem*, na medida

(C) **Execucional:** ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato.

em que praticado no mesmo contexto fático da primeira ação. Além disso, do contrário ocorreria violação da garantia constitucional da coisa julgada. Sobre o tema, há entendimento doutrinário no sentido de que “Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ato adquire a autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável tanto no processo em que veio a ser proferida a decisão (coisa julgada formal) quanto em qualquer outro processo onde se pretenda discutir o mesmo fato criminoso objeto da decisão original (coisa julgada material). No direito brasileiro, a sentença condenatória evita se instaure novo processo contra o réu condenado, em razão do mesmo fato, quer para impingir ao sentenciado acusação mais gravosa, quer para aplicar-lhe pena mais elevada”. Portanto, não há se falar, na hipótese em análise, em arquivamento implícito, inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista que não se cuida de fatos diversos, mas sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal. Ademais, a doutrina sustenta que “a proibição (ne) de imposição de mais de uma (bis) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (idem) ocorre, ainda, quando o comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente. E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na sua totalidade - unitária e indivisivelmente - e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido”. Assim, em Direito Penal, “deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do favor rei, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda” (HC 173.397-RS, Sexta Turma, DJe de 17/3/2011)” (HC 285.589/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 17/9/2015).

Capítulo VI

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO

Sumário • 1. Introdução; 2. Tempo do crime; 3. Sucessão de leis no tempo; 3.1. Sucessão de lei incriminadora; 3.2. *Novatio legis in pejus*; 3.3. *Abolitio criminis*; 3.4. *Novatio legis in melius*; 3.5. Princípio da continuidade normativo típica-típica; 4. Lei temporária e lei excepcional; 4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais; 5. Lei penal no tempo: questões complementares; 5.1. Retroatividade da jurisprudência; 5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco; 5.3. Lei intermediária

1. INTRODUÇÃO

Como decorrência do princípio da legalidade, aplica-se, **em regra**, a lei penal vigente ao tempo da **realização** do fato criminoso (*tempus regit actum*). A lei penal, para produzir efeitos no caso concreto, deve ser editada antes da prática da conduta que busca incriminar. Excepcionalmente, no entanto, será permitida a retroatividade da lei penal para alcançar fatos passados, desde que benéfica ao réu.

A esta possibilidade conferida à lei de movimentar-se no tempo (para beneficiar o réu) dá-se o nome de **extra-atividade**. A extra-atividade deve ser compreendida como gênero do qual são espécies

(A) a **retroatividade**, capacidade que a lei penal tem de ser aplicada a fatos praticados antes da sua vigência e

(B) a **ultra-atividade**, que representa a possibilidade de aplicação da lei penal mesmo após a sua revogação ou cessação de efeitos.

2. TEMPO DO CRIME

Para a correta (e justa) aplicação da lei penal é imprescindível definir o **tempo do crime**, ou seja, quando um crime se considera praticado.

O nosso Código Penal, em seu artigo 4º, adotou a **teoria da atividade**, dispondo que “*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*”¹¹⁹.

119. Existem, ainda, duas outras teorias que explicam o tempo do crime. São elas a **teoria do resultado** (do evento ou do efeito), segundo a qual se considera praticado o crime quando da ocorrência do seu resultado (ex: local do óbito) e a **teoria mista ou da ubiquidade**, que considera tempo do crime tanto o momento da ação ou omissão quanto o momento da produção do resultado (ex: local do disparo ou local do óbito).

Pelo princípio da coincidência (da congruência ou da simultaneidade), tocos os elementos do crime (fato típico, ilicitude e culpabilidade) devem estar presentes no momento da conduta. A imputabilidade do agente, por exemplo, dependerá da aferição da sua idade no momento da ação ou da omissão.

Deste modo, se ao tempo do disparo de arma de fogo o agente era menor de 18 anos, terá praticado ato infracional e será sancionado de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que a vítima somente venha a óbito quando o agente complete os 18 anos.

O momento do crime é também marco inicial para saber a lei que, em regra, vai reger o caso concreto, ganhando ainda mais importância no caso de sucessão de leis penais no tempo.

3. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO

Entre a data do fato praticado e o término do cumprimento da pena, podem surgir várias leis penais, ocorrendo aquilo que chamamos de sucessão de leis no tempo. Quando ocorre a sucessão, é necessário observar, em especial, as regras da ultra-atividade ou retroatividade.

O artigo 5º, XL da CF/88 enuncia, como **regra geral**, que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Trata-se da **irretroatividade** da lei penal, excetuada somente quando esta lei beneficia de algum modo o acusado (ou mesmo o condenado). Esta retroatividade da lei benéfica é determinada por razões de política criminal, autorizando que a lei nova – que deveria produzir efeitos a partir da sua entrada em vigor – produza efeitos sobre as ações ou omissões realizadas antes de sua existência no mundo jurídico.

Da sucessão de leis no tempo podem se apresentar ao intérprete cinco cenários distintos:

Tempo da realização do ato	Lei Posterior	Fenômeno da (ir)retroatividade
Fato atípico	Torna o fato típico	Lei incriminadora Irretroatividade – art. 1º
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, prejudica o réu	<i>Novatio legis in pejus</i> Irretroatividade – art. 1º
Fato típico	Supressão da figura criminosa	<i>Abolitio criminis</i> Retroatividade – art. 2º
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, favorece o réu	<i>Novatio legis in mellius</i> Retroatividade – art. 2º, p. único.
Fato típico	O conteúdo típico migra para outro tipo penal	Princípio da continuidade normativa-típica

Vejamos cada um separadamente.

3.1. Sucessão de lei incriminadora

A *novatio legis* incriminadora é a lei que não existia no momento da prática da conduta e que passa a considerar como delito a ação ou omissão realizada. Esta norma é **irretroativa**, nos termos do artigo 1º do Código Penal.

Como exemplo, deve ser lembrado que o delito insculpido no artigo 311-A do Código Penal (fraude em certames de interesse público) não pode incidir sobre as condutas praticadas antes do dia 16/12/2011, dia em que a norma entrou em vigor. Portanto, esta norma (“neocriminalização”) só incidirá nas ações ou omissões realizadas a partir desse dia.

3.2. *Novatio legis in pejus*

A nova lei que, e qualquer modo, prejudica o réu (*lex gravior*) também é irretroativa, devendo ser aplicada a lei vigente quando do tempo do crime. Trata-se, como na hipótese primeira (*novatio legis* incriminadora), de observância da lei ao princípio da anterioridade, corolário do princípio da legalidade, já estudado.

A título de exemplo, devemos lembrar que, no ano de 2010, a Lei nº 12.234 aumentou de 2 (dois) anos para 3 (três) o prazo da prescrição (causa extintiva da punibilidade) para crimes com pena máxima inferior a 1 (um) ano. Como esta alteração legislativa é prejudicial ao réu, a lei não poderá ser aplicada aos crimes praticados antes da sua entrada em vigor. A Lei anterior, apesar de revogada, será ultra-ativa, aplicada em detrimento da lei nova (vigente na data do julgamento).

☑ **Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime permanente ou crime continuado, sobrevém lei mais grave?**

De forma sintética, é preciso entender que o **crime permanente** é aquele cuja consumação se prolonga no tempo. No crime de sequestro (art. 148, CP), por exemplo, enquanto a vítima não for libertada, a consumação se protraí. Por sua vez, o **crime continuado** é uma ficção jurídica através da qual, por motivos de política criminal, dois ou mais crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem ser tratados, para fins da pena, como crime único, majorando-se a pena¹²⁰. Suponhamos que a funcionária de um determinado supermercado subtraia, por quatro sextas-feiras seguidas, o dinheiro do caixa pelo qual é responsável. Temos furto em continuidade delitiva.

De acordo com o STF, nessas hipóteses:

“a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (Súmula 711 do STF).

120. CP. Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Sobre a súmula, **PAULO QUEIROZ** aponta que, tratando-se do crime continuado, a aplicação da lei mais grave a toda a cadeia de delitos é inconstitucional, pois, irradiando-se a pena mais grave aos delitos anteriores, inverte-se a lógica da continuidade delitiva, em que o último delito é havido como continuação do primeiro, não o contrário, o que viola o princípio da legalidade. De acordo com o autor, o agente, “ao invés de responder por vários crimes em concurso material, deve responder por um único delito, o mais grave, se diversos, com aumento de um sexto a dois terços. Portanto, os crimes subsequentes só têm relevância jurídico-penal para efeito de individualização judicial da pena: escolha da pena mais grave (quando diversas as infrações) e fixação do respectivo aumento, pois o primeiro crime prevalece sobre todos os demais como se estes simplesmente não existissem, exceto para efeito de aplicação da pena”¹²¹.

3.3 *Abolitio criminis*

A abolição do crime representa a supressão da figura criminosa. Trata-se da revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora.

A lei abolicionista está prevista no artigo 2º, *caput*, do Código Penal, que preceitua que:

“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

A *abolitio criminis* é fenômeno verificado sempre que o legislador, atento às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico. É o que ocorreu com o crime de adultério, anteriormente previsto como crime no art. 240 do CP e revogado pela Lei nº 11.106/2005.

Discute-se a **natureza jurídica** do instituto da *abolitio criminis*. Uma primeira corrente (Flávio Monteiro de Barros) ensina que a natureza da *abolitio* é de causa extintiva da tipicidade, extinguindo, por conseguinte, a punibilidade. Para outra, adotada pelo Código Penal, a descriminalização representa **causa extintiva da punibilidade**, o que consta expressamente do seu artigo 107, III¹²².

A lei penal abolicionista não deve respeito à coisa julgada. Isto porque, por expressa disposição do artigo 2º, *caput*, CP, cessarão tanto a execução quanto os efeitos penais da sentença condenatória. Tal dispositivo não infringe o artigo 5º, inc. XXXVI, da CF (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada”), pois o mandamento constitucional tutela a garantia individual e não o direito de punir do Estado.

121. Disponível em <http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>, acessado em 19/06/2015.

122. CP. Art. 107 – *Extingue-se a punibilidade: [...] III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*

☑ **Como ficam os efeitos da condenação na hipótese de “abolitio criminis”?**

É necessário, fazer distinção entre os efeitos penais e os efeitos extrapenais da sentença condenatória. Os efeitos extrapenais estão positivados nos artigos 91 e 92 do Código Penal e não serão alcançados pela lei descriminalizadora. Assim, mesmo com a revogação do crime, subsiste, por exemplo, a obrigação de indenizar o dano causado, enquanto que os efeitos penais terão de ser extintos, retirando-se o nome do agente do rol dos culpados, não podendo a condenação ser considerada para fins de reincidência ou de antecedentes penais.

Tratando sobre o tema, PAULO QUEIROZ esclarece o porquê da permanência dos efeitos extrapenais:

“Cumpre notar que a expressão descriminalizar (=abolir o crime), como o indica o étimo da palavra, significa retirar de certa conduta o caráter de criminoso, mas não o caráter de ilicitude, já que o direito penal não constitui o ilícito (caráter subsidiário); logo, não pode, pela mesma razão, desconstituí-lo. Por isso que, embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penais (v.g. reincidência), persistem todas as consequências não penais (civil, administrativo) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal”¹²³.

3.4. *Novatio legis in mellius*

Trata-se da nova lei que de qualquer modo beneficia o réu, também conhecida como *lex mitior*. Esta lei retroagirá, atendendo à regra, prevista também no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Como se depreende da parte final do dispositivo, a lei **penal** nova que beneficia o réu, a exemplo da abolicionista, também **não respeita a coisa julgada**, sendo aplicada mesmo quando o agente já tenha sido condenado definitivamente.

Exemplo de *novatio legis in mellius* se extrai da Lei nº 12.015/09, que alterou, dentre outros, o artigo 229 do Código Penal (manutenção de casa de prostituição). A nossa legislação, com o advento da Lei 12.015/09, insistiu em punir a manutenção de prostíbulos, mas deu-lhe nova configuração, porque agora exige um estabelecimento onde haja exploração sexual (não simplesmente sexo, sim, exploração sexual). De lugar destinado a encontros libidinosos passou-se para estabelecimento onde haja exploração sexual.

A Lei, portanto, alterou o espectro da incriminação, exigindo, agora, a exploração sexual da vítima. Todos os que foram condenados pelo tipo penal antigo, mais amplo, acabaram sendo favorecidos pelo novo texto, que, nesta parte, é retroativo.

123. Ob. cit., p. 108.

Algumas importantes questões se apresentam em relação à lei penal mais benéfica:

- ☑ ***Depois do trânsito em julgado, qual o juiz competente para aplicar a lei penal mais benéfica?***

A resposta a esse questionamento dependerá do conteúdo da lei penal benéfica. Se a sua aplicação depender de mera operação matemática, o juiz da execução da pena é competente para aplicá-la. Por outro lado, se for necessário juízo de valor para aplicação da lei penal mais favorável, o interessado deverá ajuizar revisão criminal (art. 621 do CPP) para desconstituir o trânsito em julgado e aplicar a lei nova.

Dessa maneira, podemos dizer que a súmula nº 611 do STF, dispondo que “*transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juiz da execução a aplicação de lei mais benigna*”¹²⁴, é incompleta, já que, se a lei mais benigna implicar juízo de valor, competirá ao juízo revisor, ou seja, àquele responsável pelo julgamento da revisão criminal.

Lei penal mais benigna		
Espécie	Que representa mera aplicação matemática	Que implica juízo de valor
Juízo competente	Juízo da execução	Juízo da revisão criminal
Exemplo	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição de pena quando o dano à vítima for inferior a 1 salário mínimo (circunstância que dispensa juízo de valor).	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição quando o dano for de pequeno valor (circunstância que demanda juízo de valor).

Devemos ressaltar, entretanto, que antes da prolação da sentença, cabe ao juiz competente para o processo a aplicação da lei nova mais benéfica, bem como que após a sentença condenatória (recorrível), cabe à instância recursal esta função.

- ☑ ***É possível a aplicação da lei penal mais benéfica durante o seu período de “vacatio legis”?***

Duas correntes discutem o tema.

1ª corrente: capitaneada por ALBERTO SILVA FRANCO, leciona que o *tempus vacationes* tem como fulcro primordial a necessidade de que a lei promulgada se torne conhecida. Não faz sentido, portanto, que aqueles que já se inteiraram do teor da lei nova fiquem impedidos de lhe prestar obediência, desde logo, quanto a seus preceitos mais brandos,

124. No mesmo sentido da súmula, dispõe o artigo 56, I, da Lei de Execução Penal: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;”

quando, em razão da retroatividade benéfica, mais cedo ou mais tarde isso teria que acontecer.¹²⁵ Neste sentido, diz o autor:

“Daí a afirmação final de que o período da *vacatio legis* se revela apenas indispensável em relação à norma penal incriminadora, preceptiva ou proibitiva ou à norma agravadora da sanção punitiva, não podendo ter incidência em relação às normas penais permisivas ou beneficiadoras (não dependentes de regulamentação ou de implementação de qualquer ordem), porque têm necessariamente, por inquestionável força constitucional, vigência e eficácia a partir da publicação da lei posterior”¹²⁶.

2ª corrente: no período de *vacatio legis* a lei penal não possui eficácia jurídica ou social, devendo imperar a lei vigente. Fundamenta-se esta corrente no fato de que a lei no período de *vacatio legis* não passa de mera expectativa de lei. Esta é a corrente predominante, defendida por PAULO QUEIROZ, DAMÁSIO DE JESUS e GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Este último, a propósito, preleciona:

“Não se compreende que uma norma tenha validade para beneficiar réus em geral, mas não possa ser aplicada ao restante da população, o que ocorreria se a primeira posição fosse adotada. Se todos são iguais perante a lei, é preciso harmonizar os princípios constitucionais a fim de não se permitir que uma interpretação excessivamente liberal afronte preceitos fundamentais”¹²⁷.

✓ **Como proceder em caso de dúvida sobre qual a lei penal mais benéfica?**

Nem toda lei permitirá identificar claramente se sua aplicação beneficiará ou não o réu. Em alguns casos, é mesmo possível que a lei aparente ser benéfica, porém o réu entenda ser ela prejudicial¹²⁸.

125. RT 596/341.

126. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. Tomo I. v.1, p. 78.

127. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 104. Nesse sentido decidiu o STJ: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 392 DO CPP. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO MINISTERIAL. TEMPESTIVIDADE. REGULARIDADE RECONHECIDA PELA DEFESA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. JULGAMENTO DO RECURSO EM PERÍODO DA VACATIO LEGIS. RETROAÇÃO PARCIAL DE ARTIGO DE LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...) 4. Não poderia o Tribunal de origem aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de 23/8/06, uma vez que a norma não estava em vigor quando do julgamento do recurso acusatório, que se deu em dentro do prazo da *vacatio legis*. 5. É imprescindível indagar qual a lei apresenta-se mais favorável ao condenado, levando-se em consideração o reconhecimento das circunstâncias judiciais constantes da sentença condenatória. 6. Na hipótese, eventual aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deve ocorrer em sede de execução, nos termos do inciso I do art. 66 da LEP. 7. Ordem denegada (STJ, HC 100.692/PR, 5.ª T., j. 15.06.2010, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.08.2010).

128. Djalma Eutímio de Carvalho aponta um exemplo de lei aparentemente benéfica porém, em verdade, prejudicial, sob a ótica do réu: “A”, reincidente específico em crime doloso, cometeu o crime

Nesses casos, sugere Nelson Hungria que, presente a dúvida, deve-se consultar o próprio acusado ou condenado, permitindo-lhe indicar (por meio de defensor) qual a norma que efetivamente o beneficia¹²⁹.

✓ ***Para beneficiar o réu, admite-se combinação de leis penais?***

A combinação de leis penais seria a faculdade conferida ao juiz para, na determinação da lei mais benéfica, tomar preceitos ou critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, conjugando-os de forma a aplicá-los ao caso concreto.

✓ ***A título de exemplo, imagine-se que a lei A disponha sobre determinado crime prevendo a pena de 2 a 4 anos e multa, enquanto a lei B, passando a disciplinar o mesmo crime, preveja pena de 4 a 8 anos, sem a previsão de multa. É possível conjugar a lei A com a lei B para punir o réu com pena de 2 a 4 anos e sem multa (combinando as partes favoráveis de ambas as leis)?***



Para NELSON HUNGRIA¹³⁰ o juiz, membro do Poder Judiciário, ao conjugar critérios de uma e outra lei, se arvora à condição de legislador criando um terceiro tipo penal (*lex tertia*), o que acabaria por violar a separação dos Poderes¹³¹. Neste sentido dispunha o Código Penal de 1969, determinando a “apuração da maior benignidade” entre a lei posterior e anterior deveria ser feita considerando-as “separadamente”.

De outro lado, BASILEU GARCIA e CELSO DELMANTO opinam favoravelmente à conjugação de leis penais. DAMÁSIO DE JESUS, partidário desta última corrente, explica que:

de sedução, cuja pena cominada é de seis meses a dois anos. Foi julgado e condenado à pena de 1 (um) ano e três meses. Não pôde obter livramento condicional, porquanto é requisito deste que a pena aplicada seja igual ou superior a 2 (dois) anos. Também, não faz jus à pena restritiva de direito, por ser reincidente específico em crime doloso; tampouco à suspensão condicional da execução da pena (*sursis*), por essa última razão (reincidência). Entretanto, surge nova lei cominando pena de dois a três anos. Aplicando-se, nos termos da nova lei, pena *in concreto* de dois anos, com um ano o réu estará solto, por força do livramento condicional, enquanto, nos termos da lei antiga ficaria preso por mais três meses. Neste exemplo hipotético, a nova lei, embora mais severa, foi mais favorável, *in concreto*, para o réu”. (*Curso de Direito Penal – Parte Geral*, Vol. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 72-73).

129. Neste sentido, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994, p.59.

130. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.110.

131. De igual modo entende Cláudio Heleno Fragoso (Ob. cit., p. 126).

“Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o ‘todo’ de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o Juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de lei”.¹³²

Em resumo:

	Doutrinadores	STF	STJ	Opinião por todos
A favor	Basileu Garcia, Celso Delmanto, Damásio de Jesus.	RE 596152;* HC 95435	HC 111306	“Se o Juiz pode aplicar o ‘todo’ de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional”. (Damásio de Jesus).
Contra	Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno.	HC 94687; HC 103833	Rcl 3.546/SP; HC 220.589/ SP; HC 179.915; Súmula 501**	“Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente.” (FRAGOSO, ob. cit.).
*. Julgado pelo Tribunal Pleno, este Recurso Extraordinário resultou em empate, beneficiando o réu para possibilitar a combinação de leis penais. Não se trata, portanto, de entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal. ** “É casível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais ‘favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”. Nesse sentido decidiu também o Pleno do STF (RE 600.817).				

3.5. Princípio da continuidade normativo-típica

A *abolitio criminis* não se confunde com o princípio da continuidade normativo-típica.

A *abolitio* representa supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador em não considerar determinada conduta como criminosa. É o que aconteceu com o crime de sedução, revogado, formal e materialmente, pela Lei nº 11.106/2005.

O princípio da continuidade normativo-típica, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso

para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa.

Nesse sentido, decidiu o **STJ**:

“O princípio da continuidade normativa típica ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogado, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário”¹³³.

Abolitio criminis	Continuidade normativa típica
Supressão da figura criminosa	Supressão formal do crime
A conduta não será mais punida (o fato deixa de ser punível)	O fato permanece punível (a conduta criminosa migra para outro tipo penal)
A intenção do legislador é não mais considerar o fato criminoso	A intenção do legislador é manter o caráter criminoso do fato

A título de exemplo, vejamos o que ocorreu com os crimes de “rapto consensual” e de “rapto violento”, cada um alcançado por fenômeno distinto:

	CRIME DE RAPTO	
	Rapto Consensual	Rapto Violento
Antes da Lei n. 11.106/2005	Art. 220 do CP	Art. 219
Depois da Lei n. 11.106/2005	<i>Abolitio criminis</i>	Art. 148, § 1º, V, do CP princípio da continuidade normativo-típica

A extra-atividade da lei nova vai depender se, ao migrar o conteúdo criminoso para outro tipo penal, redundou num benefício ou prejuízo para o réu.

4. LEI TEMPORÁRIA E LEI EXCEPCIONAL

Após disciplinar a retroatividade da lei benéfica, o Código Penal, em seu artigo 3º, dispõe sobre as leis temporária e excepcional. *In verbis*:

“A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

A lei temporária (ou temporária em sentido estrito) é aquela instituída por um prazo determinado, ou seja, é a lei que criminaliza determinada conduta, porém prefixando no seu texto lapso temporal para a sua vigência. É o caso da Lei 12.663/12, que criou inúmeros crimes que buscam proteger o patrimônio material e imaterial da FIFA, infrações penais com tempo certo de vigência (até 31 de dezembro de 2014).

133. STJ – Quinta Turma – HC 187.471 – Rel. Ministro Gilson Dipp – DJe 04/11/2011.

A lei excepcional (ou temporária em sentido amplo) é editada em função de algum evento transitório, como estado de guerra, calamidade ou qualquer outra necessidade estatal. Perdura enquanto persistir o estado de emergência.

As leis temporária e excepcional têm **duas características essenciais**:

(A) Autorrevogabilidade

As leis temporária e excepcional são **autorrevogáveis**, daí porque chamadas também de leis intermitentes. Esta característica significa dizer que as leis temporária e excepcional se consideram revogadas assim que encerrado o prazo fixado (lei temporária) ou cessada a situação de anormalidade (lei excepcional).

(B) Ultra-atividade

Por serem **ultra-ativas**, alcançam os fatos praticados durante a sua vigência¹³⁴, ainda que as circunstâncias de prazo (lei temporária) e de emergência (lei excepcional) tenham se esvaído, uma vez que essas condições **são elementos temporais do próprio fato típico**. Observe-se que, por serem (em regra) de curta duração, se não tivessem a característica da ultra-atividade, perderiam sua força intimidativa. Em outras palavras, podemos afirmar que as leis temporárias e excepcionais não se sujeitam aos efeitos da *abolitio criminis* (salvo se houver lei expressa com esse fim).

4.1. Constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais

Parte da doutrina questiona a constitucionalidade do artigo 3º do Código Penal. Para ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Esta disposição é de duvidosa constitucionalidade, posto que exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição federal (‘salvo quando agravar a situação do réu’), não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto”¹³⁵.

Não obstante a divergência dos renomados autores, predomina o entendimento de que as leis temporárias e excepcionais não violam o princípio da irretroatividade da lei prejudicial. Neste sentido, inclusive, dispunha o item “8” da Exposição de Motivos da antiga Parte Geral do Código Penal:

“É especialmente decidida a hipótese da *lei excepcional* ou *temporária*, reconhecendo-se a sua *ultra-atividade*. Esta ressalva visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais”.

134. Frederico Marques leciona que a lei temporária não é ultra-ativa, mas continua em vigor, embora não seja aplicável após o esgotamento do período anunciado.

135. Ob. cit., p. 202.

LUIZ FLÁVIO GOMES e **ANTONIO MOLINA**, também defendendo a constitucionalidade, explicam que o art. 3º do CP cuida de tipo penal diferenciado:

“O fato incriminado na lei temporária ou excepcional conta com dados típicos específicos (por exemplo: furto ocorrido durante inundação, sequestro praticado durante a lei temporária etc.). Quando a lei excepcional ou temporária perde sua vigência volta o Direito penal normal (anterior) ou cria-se um direito novo. Mas as figuras típicas (a anterior e a nova) não são as mesmas (falta na descrição típica antecedente ou subsequente aquele requisito extraordinário da temporariedade ou da excepcionalidade). O advento da lei normal (anterior) não significa *abolitio criminis* (dos fatos ocorridos durante a lei excepcional). Não se trata do mesmo tipo penal. Não se trata da mesma situação fática. Os tipos penais não são idênticos, logo, não se pode falar em sucessão de leis penais”¹³⁶.

5. LEI PENAL NO TEMPO: QUESTÕES COMPLEMENTARES

5.1. Retroatividade da jurisprudência

Discute-se na doutrina a possibilidade de a alteração jurisprudencial retroagir para alcançar fatos praticados na vigência de entendimento diverso.

Imaginemos, por exemplo, um roubo praticado com emprego de arma de brinquedo. Antes de outubro de 2001, havia Súmula no STJ (nº 174) autorizando o aumento da pena mesmo quando cometido o crime com arma de brinquedo¹³⁷. Depois de outubro, o STJ cancelou a referida Súmula. Os fatos pretéritos, julgados com o aumento, poderiam ser beneficiados com a alteração do entendimento da Corte?

A Constituição Federal de 1988 se refere somente à retroatividade da lei (proibindo quando maléfica e fomentando quando benéfica). De igual modo, o Código Penal não disciplinou a possibilidade da retroatividade da jurisprudência.

O entendimento que prevalece é o de que a extra-atividade só se refere à lei, não se estendendo à jurisprudência.

PAULO QUEIROZ, com base nas lições de **ODONE SANGUINÉ**, sustenta tese diversa, estendendo a proibição da retroatividade às alterações jurisprudenciais desfavoráveis ao réu. Pelas mesmas razões, alterações da jurisprudência que favoreçam o réu devem retroagir, de sorte a admitir revisão criminal, inclusive¹³⁸.

136. Ob. cit. vol. 2, p. 80.

137. STJ. Súmula nº 174. *No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.*

138. Ob. cit., p.107

Nessa linha de raciocínio, os condenados por crime de roubo majorado pela utilização de arma de brinquedo poderiam ajuizar revisão criminal em decorrência do cancelamento da Súmula nº 174 do STJ. Seria o caso da retroatividade do entendimento jurisprudencial benéfico.

Por fim, não se pode negar a possibilidade de retroatividade (benéfica) da jurisprudência quando dotada de efeitos vinculantes (presente nas súmulas vinculantes e decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade).

5.2. Retroatividade da lei penal no caso de norma penal em branco

Na hipótese de norma penal em branco, havendo alteração de conteúdo, alteram-se as respectivas normas complementares, surgindo a questão se, em relação a essas alterações, deve incidir (ou não) as regras da retroatividade. Sobre o assunto, temos quatro correntes:

1ª Corrente: PAULO JOSÉ DA COSTA JR.¹³⁹. Ensina que a alteração do complemento da norma penal em branco **deve sempre retroagir, desde que mais benéfica para o acusado**, tendo em vista o mandamento constitucional (a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores) e o direito de liberdade do cidadão.

2ª Corrente: em sentido contrário, FREDERICO MARQUES¹⁴⁰ entende que a alteração da norma complementadora, mesmo que benéfica, **terá efeitos irretroativos**, por não admitir a revogação das normas em consequência da revogação de seus complementos.

3ª Corrente: MIRABETE¹⁴¹, por sua vez, ensina que **só tem importância a variação da norma complementar na aplicação retroativa da lei penal em branco quando esta provoca uma real modificação da figura abstrata do direito penal**, e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma penal.

4ª Corrente: por fim, ALBERTO SILVA FRANCO¹⁴² (seguido pelo STF¹⁴³) leciona que **a alteração de um complemento de uma norma penal em branco homogênea sempre teria efeitos retroativos**, vez que a norma complementar, como lei ordinária que é, também foi submetida a rigoroso e demorado processo legislativo. A situação, contudo, se inverte quando se tratar de norma penal em branco heterogênea. Neste caso, a situação se modifica para comportar duas soluções. **Quando a legislação complementar não se reveste de excepcionalidade**, como é caso das portarias sanitárias estabelecedoras

139. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 37.

140. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 71.

141. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 23ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 53.

142. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte Geral. Tomo I. v.1. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 36.

143. Cf. STF – Primeira Turma – HC 73168 – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 15/03/1995 e STF – Segunda Turma – HC 68904 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 03/04/1992.

das moléstias cuja notificação é compulsória, **pela sua característica, se revogada ou modificada, poderá conduzir também à descriminalização. Já na legislação complementar de caráter excepcional, como no caso das portarias de ordem econômica (tabelamento de preços), pela sua característica, se revogada ou modificada, não conduz à descriminalização.**

Vejam as várias correntes no quadro abaixo, observando suas lições diante de três casos de normas penais em branco:

Ex. 1) Art. 237 do CP – *Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta (norma penal em branco homogênea, não se revestindo sua legislação complementar de excepcionalidade).*

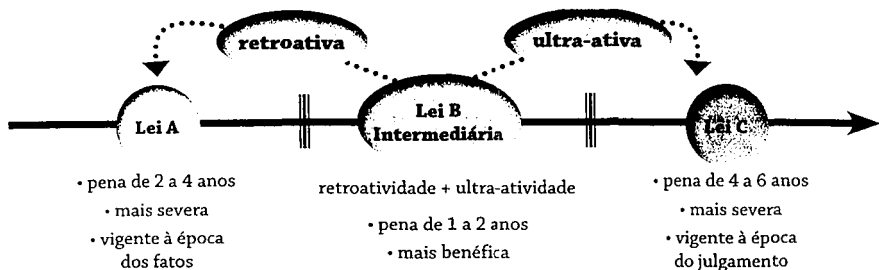
Ex.2) Art. 33 da Lei de Drogas – *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (norma penal em branco heterogênea, não se revestindo sua legislação complementar de excepcionalidade).*

Ex.3) Art. 2º da Lei 1.521/51 – *São crimes contra a economia popular: [...] VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros de mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado... (norma penal em branco heterogênea, revestindo-se sua legislação complementar de excepcionalidade).*

	Art. 237 do CP	Art. 33 da Lei de Drogas	Art. 2º da Lei nº 1.521/51
1ª Corrente	se a alteração for benéfica, retroage	se a alteração for benéfica, retroage	se a alteração for benéfica, retroage
2ª Corrente	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage	mesmo que a alteração seja benéfica, não retroage
3ª Corrente	havendo real modificação da figura abstrata, retroage	havendo real modificação da figura abstrata, retroage	não havendo real modificação da figura abstrata, não retroage
4ª Corrente	tratando-se de alteração benéfica de norma penal em branco homogênea, retroage	não se revestindo de excepcionalidade, retroage	revestindo-se de excepcionalidade, não retroage

5.3. Lei intermediária

A lei intermediária (ou intermédia) é aquela que deverá ser aplicada porque benéfica ao réu, muito embora não fosse a lei vigente ao tempo do fato, tampouco seja a lei vigente no momento do julgamento.



É possível notar que a lei penal intermediária é dotada de duplo efeito, possuindo a retroatividade em relação ao tempo da ação ou omissão e ultra-atividade em relação ao tempo do julgamento.

A aplicação da lei intermediária já foi decidida pelo **STF**, que assim entendeu:

“Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade in melius já determinara.”¹⁴⁴

144. STF – Primeira Turma – RE 418876 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 04/06/2004.

Capítulo VII

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Sumário • 1. Princípios aplicáveis e territorialidade; 2. Lugar do crime; 3. Extraterritorialidade; 4. Pena cumprida no estrangeiro.

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E TERRITORIALIDADE

Sabendo que um fato punível pode, eventualmente, atingir os interesses de dois ou mais Estados igualmente soberanos, gerando, nesses casos, um conflito internacional de jurisdição, o estudo da lei penal no espaço visa apurar as fronteiras de atuação da lei penal nacional.

Nas possíveis colisões, seis princípios sugerem a solução:

(A) Princípio da territorialidade: aplica-se a lei penal do local do crime, não importando a nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico.

(B) Princípio da nacionalidade ou personalidade ativa: aplica-se a lei do país a que pertence o agente, pouco importando o local do crime, a nacionalidade da vítima ou do bem jurídico violado.

(C) Princípio da nacionalidade ou personalidade passiva: aplica-se a lei penal da nacionalidade do ofendido¹⁴⁵.

(D) Princípio da defesa ou real: aplica-se a lei penal da nacionalidade do bem jurídico lesado (ou colocado em perigo), não importando o local da infração penal ou a nacionalidade do sujeito ativo.

(E) Princípio da justiça penal universal ou da justiça cosmopolita: o agente fica sujeito à lei do país onde for encontrado, não importando a sua nacionalidade, do bem jurídico lesado ou do local do crime. Esse princípio está normalmente presente nos tratados internacionais de cooperação de repressão a determinados delitos de alcance transnacional.

(F) Princípio da representação, do pavilhão, da substituição ou da bandeira: a lei penal nacional aplica-se aos crimes cometidos em aeronaves e embarcações privadas, quando praticados no estrangeiro e aí não sejam julgados.

Como regra básica, de acordo com o art. 5º, *caput*, do CP, *aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido*

145. Temos doutrina lecionando que o princípio da nacionalidade passiva exige, para a aplicação da lei nacional, que o agente ofenda bem jurídico de seu próprio Estado ou de um concidadão (brasileiro contra brasileiro), não importando o local do delito. Considerar apenas a nacionalidade da vítima é circunstância abrangida pelo próximo princípio (da defesa ou real).

no território nacional. Nosso ordenamento jurídico adotou, portanto, a **territorialidade**, que, no entanto, não é absoluta, comportando exceções previstas em convenções, tratados e regras de direito internacional (**territorialidade temperada**).

Por conta desta mitigação à territorialidade, permite-se a aplicação de lei estrangeira a fato praticado em território brasileiro, fenômeno conhecido como **intraterritorialidade**, **presente**, por exemplo, na imunidade diplomática. Este fenômeno (intraterritorialidade), contudo, não se confunde com a **extraterritorialidade**, adotada pelo Código Penal no seu art. 7º, hipóteses em que a lei penal brasileira alcança condutas praticadas no estrangeiro.

Assim, temos:

	Princípio da territorialidade	Princípio da extraterritorialidade	Princípio da intraterritorialidade
Local do crime	Brasil	país estrangeiro	Brasil
Lei a ser aplicada	Brasileira	brasileira	estrangeira*
*. Na intraterritorialidade, o fato criminoso, apesar de praticado no Brasil, será punido de acordo com a lei estrangeira aplicada pelo seu juiz criminal. Diversamente do que ocorre no Direito Civil, em nenhuma hipótese o juiz criminal brasileiro pode aplicar legislação penal estrangeira.			

Fixada a premissa de que a lei penal pátria se aplica, em regra, ao fato praticado no Brasil, é imprescindível definir “território nacional”, fronteira de atuação da lei penal brasileira.

Entende-se por **território nacional** a soma do **espaço físico** (ou geográfico) com o **espaço jurídico** (espaço físico por ficção, por equiparação, por extensão ou território flutuante).

Por **território físico** entende-se o espaço terrestre, marítimo ou aéreo, sujeito à soberania do Estado (solo, rios, lagos, mares interiores, baías, faixa do mar exterior ao longo da costa – 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continente e insular¹⁴⁶ – e espaço aéreo correspondente¹⁴⁷).

Para os efeitos penais, consideram-se como **extensão do território nacional** as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras (matriculadas no Brasil), mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar¹⁴⁸ ou no espaço aéreo correspondente (art. 5º, § 1º, CP).

É também aplicável a lei brasileira aos crimes cometidos a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil (art. 5º, § 2º, CP).

146. Artigo 1º da Lei nº 8.617/93.

147. Nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica, artigo 11, “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”.

148. A noção de liberdade do alto-mar é dada pelo artigo 87 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Do exposto, extraímos as seguintes conclusões:

(A) Quando os navios ou aeronaves brasileiros forem públicos ou estiverem a serviço do governo brasileiro, quer se encontrem em território nacional ou estrangeiro, são considerados parte do nosso território;

(B) Se os navios ou aeronaves forem privados, quando em alto-mar ou espaço aéreo correspondente, seguem a lei da bandeira que ostentam¹⁴⁹;

(C) Quanto aos navios e aeronaves estrangeiros, em território brasileiro, desde que privados, são considerados parte de nosso território.

Embarcação	Lei aplicável
Públicas ou a serviço do governo brasileiro	quer se encontrem em território nacional ou estrangeiro, em alto-mar ou espaço aéreo correspondente.
Mercantes ou particulares brasileiras	se estiverem em território nacional, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente.
Estrangeiras	apenas quando privadas em território brasileiro.

☒ ***Embaixada é extensão do território que representa?***

É importante observar que o Código Penal não trouxe qualquer regra específica atinente às **embaixadas**, motivo pelo qual se conclui que elas, embora sejam invioláveis¹⁵⁰, **não** constituem extensão do território do país que representam. Assim, a título de exemplo, a embaixada norte-americana no Brasil é território brasileiro e ao crime nela praticado será aplicada a lei penal brasileira – salvo a incidência de convenção, tratado ou regra de direito internacional.

☒ ***Aplica-se a lei brasileira ao crime cometido a bordo de embarcação privada estrangeira de passagem pelo mar territorial brasileiro?***

A Lei nº 8.617/93¹⁵¹ regula o **direito de passagem inocente**. Para que seja reconhecido esse direito, o navio privado deve utilizar o mar territorial brasileiro somente como

149. Com base nessa premissa, o conhecido “navio abortador” gerou grande polêmica num passado recente. A discussão girava em torno da possibilidade de incidência da lei penal pátria sobre as mulheres brasileiras que acederam ao convite para que, em embarcação matriculada na Holanda, ancorada em alto-mar, praticassem o aborto. No caso específico, concluiu-se pela não incidência da lei pátria. Sabendo que no ordenamento penal holandês a manobra abortiva assistida por médico é lícita e permitida, o fato não é punido.

150. A inviolabilidade das embaixadas decorre da Convenção de Viena de 1965, segundo a qual “Os locais da Missão são invioláveis. Os Agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão” (art. 22, 1, Dec. nº 56.435/65),

151. Lei nº 8.617/93. Art. 3º *É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro. § 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida. § 2º A*

caminho (passagem) para seu destino, sem pretensão de atracar no nosso território. Nesse caso, ocorrendo crime a bordo da embarcação, não se aplicará a lei brasileira, desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida¹⁵².

2. LUGAR DO CRIME

Como estudado, o art. 5º do CP determina que seja aplicada a lei brasileira ao crime *praticado* no território nacional. No entanto, da mesma forma que uma infração penal pode se fracionar em **tempos diversos**, é possível que ela se desenvolva em **lugares diversos**, percorrendo, inclusive, territórios de dois ou mais países igualmente soberanos. Imaginemos, por exemplo, uma bomba fabricada no Brasil e enviada para explodir e matar vítima que se encontra em país vizinho. Esse crime foi praticado no Brasil (devido sofrer os consecrários da lei nacional) ou no país vizinho (aplicando-se a lei estrangeira)?

A solução para esse conflito nos é dada pelo artigo 6º do Código Penal:

“Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

Adotou-se, quanto ao lugar do crime (*locus commissi delicti*) a **teoria da ubiquidade, híbrida ou mista**¹⁵³. Logo, sempre que por força do critério da ubiquidade o fato se deva considerar praticado **tanto no território brasileiro como no estrangeiro**, será aplicável a lei brasileira¹⁵⁴.

Nesse tanto, não podemos confundir os *crimes à distância* com os *crimes em trânsito* e *crimes plurilocalis*. Vejamos:

passagem inocente poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave.

152. Tanto a Convenção de Aviação Civil Internacional (Dec. nº 21.713/46) como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) não tratam do direito de passagem inocente. Apesar do silêncio, que para alguns significa não ser aplicável, entendemos possível a passagem inocente para aeronave, desde que o crime nela praticado não tenha qualquer contato com a sociedade do nosso país ou influência sobre a nossa população.
153. Outras duas teorias buscam explicar o lugar do crime. São elas a **teoria da atividade**, considerando lugar do crime aquele em que o agente desenvolveu a atividade criminosa, e a **teoria do resultado**, do efeito ou do evento, segundo a qual lugar do crime é o lugar da ocorrência do resultado.
154. Nota-se que a conduta e o resultado são desvalorados pelo legislador. Se no Brasil ocorre somente o **planejamento** e/ou a **preparação do crime**, o fato, em regra, não interessará ao direito brasileiro, salvo quando a preparação caracterizar, por si só, crime (por exemplo, delito de associação criminosa – anterior quadrilha ou bando). Somente após o início da execução o comportamento do agente adquire conotação e importância penal.

O crime percorre territórios de dois Estados soberanos (Brasil e Argentina, por exemplo)	O crime percorre territórios de mais de dois países soberanos (Brasil, Argentina e Uruguai, por exemplo)	O crime percorre dois ou mais territórios do mesmo país soberano (comarcas de São Paulo, São Bernardo e Guarulhos)
Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei?).	Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei?).	Gera conflito interno de competência (qual comarca aplicará a lei do país?).
Aplica-se o art. 6º do CP	Aplica-se o art. 6º do CP	Aplica-se, em regra, o art. 70 do CPP.

3. EXTRATERRITORIALIDADE

Vimos que o critério geral adotado pelo nosso ordenamento penal é o de que a lei penal brasileira, *sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*, vale dentro do território nacional (físico e jurídico). No entanto, em casos excepcionais, a nossa lei poderá extrapolar os limites do território, alcançando crimes cometidos **exclusivamente no estrangeiro**, fenômeno da extraterritorialidade. O Código Penal, no art. 7º, incs. I e II e § 3º, anuncia quais **crimes**¹⁵⁵ ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes: **a)** contra a vida¹⁵⁶ ou a liberdade do Presidente da República; **b)** contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; **c)** contra a administração pública, por quem está a seu serviço; **d)** de genocídio¹⁵⁷, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II – os crimes: **a)** que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; **b)** praticados por brasileiros¹⁵⁸; **c)** praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercante ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 3º. A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (...).

155. É inaplicável o princípio da extraterritorialidade nas **contravenções penais** (art. 2º, LCP).

156. Por não se tratar de crime contra a vida, mas contra o patrimônio, o latrocínio não está abrangido pelo inciso I.

157. Em relação ao crime de genocídio, anote-se a competência (subsidiária) do Tribunal Penal Internacional, ao qual aderimos expressamente por força do art. 5º, §4º, CF/88 (incluído pela E.C nº 45/2004) e introduzido no nosso ordenamento jurídico através do Dec. nº 4.388/2002.

158. Como bem observa Víctor Gabriel Rodríguez: “Uma contrapartida necessária à vedação de extradição do cidadão brasileiro. Caso não existisse essa hipótese de extraterritorialidade, o cidadão que cometesse delito no estrangeiro e regressasse a território nacional teria sacramentada a sua impunidade” (Ob. cit. p. 94).

Dependendo da hipótese, a extraterritorialidade será incondicionada, condicionada ou hipercondicionada. Vejamos.

(A) A extraterritorialidade **incondicionada** está prevista no artigo 7º, §1º, do Código Penal, alcançando os crimes descritos no art. 7º, inc. I. Nesses casos, a lei brasileira, para ser aplicada, não depende do preenchimento de qualquer requisito. Verificada a infração penal, aplica-se a lei brasileira, não importando se o autor foi *absolvido ou condenado no estrangeiro*. Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, esta modalidade de extraterritorialidade é inconstitucional diante da absoluta impossibilidade de alguém se ver processado duas vezes pelo mesmo fato. Por isso, ainda que a lei assim não considere, a extraterritorialidade será sempre subordinada à condição de que o agente não tenha sido processado (condenado ou absolvido) no exterior¹⁵⁹.

(B) A extraterritorialidade **condicionada** alcança os crimes trazidos pelo inc. II. Nesses casos, para que a nossa lei possa ser aplicada, faz-se necessário o concurso das seguintes condições (art. 7º, §2º, CP):

(i) **entrar o agente no território nacional:** não se exige a permanência do agente, apenas o seu ingresso no território nacional, considerado na sua dimensão física ou jurídica.

(ii) **ser o fato punível também no país em que foi praticado:** este requisito tem natureza de **condição objetiva de punibilidade**, de modo que a sua ausência não impede o processo, porém a sua ausência por ocasião do julgamento gera a improcedência da ação penal.

(iii) **estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição:** há uma perfeita coincidência entre os crimes pelos quais o Brasil autoriza a extradição e os crimes pelos quais o Brasil aplica a lei brasileira (em apertada síntese, os crimes têm que ser punidos com reclusão e a sua pena precisa suplantar 1 (um) ano – art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80).

(iv) **não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena.**

(v) **não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.**

O ponto “i” tem natureza de **condição de procedibilidade** (imprescindível para o início da ação penal), enquanto os demais (pontos “ii”, “iii”, “iv” e “v”), **condições objetivas de punibilidade** (sem as quais não se impõe pena).

(C) A extraterritorialidade **hipercondicionada** está positivada no artigo 7º, §3º, do Código Penal. Ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, além das condições previstas no §2º, para a aplicação da lei brasileira é preciso observar ainda:

(i) **não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição;**

(ii) **ter havido requisição do Ministro da Justiça.**

159. *Código Penal Comentado*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 109.

Para fundamentar a extraterritorialidade nas várias hipóteses acima elencadas, o nosso ordenamento adotou, excepcionalmente, os seguintes princípios:

Dispositivos	Princípio	Extraterritorialidade
Art. 7º, I, <i>a, b, c</i>	Princípio da defesa	Incondicionada
Art. 7º, I, <i>d</i>	Princípio da justiça universal*	Incondicionada
Art. 7º, II, <i>a</i>	Princípio da justiça universal	Condicionada
Art. 7º, II, <i>b</i>	Princípio da nacionalidade ativa	Condicionada
Art. 7º, II, <i>c</i>	Princípio da representação*	Condicionada
Art. 7º, § 3º	Princípio da nacionalidade passiva*	Hipercondicionada

*. A doutrina diverge sobre qual princípio adotado pelo art. 7º, I, “d” (“crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”). Apesar de prevalecer da justiça universal, temos corrente lecionando tratar-se do princípio da defesa (ou real) (Fragoso, ob. cit., p. 141); para outros, da personalidade ou nacionalidade ativa (MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 132).

Verificado um crime cometido no estrangeiro, identificando a necessidade de extraterritorialidade da nossa lei, em qualquer das suas espécies, é preciso apontar o órgão jurisdicional competente para a aplicação da lei penal brasileira, bem como o território para o processo e julgamento. Imaginemos que CAIO, brasileiro residente em Portugal, mata, dolosamente, um cidadão português.

☒ **CAIO, autor de homicídio executado no estrangeiro, foge e retorna ao território brasileiro antes do fim das investigações. A lei brasileira alcança este fato?**

Trata-se de crime praticado por brasileiro, hipótese que se ajusta ao art. 7º, II, “b”, do CP, caso de extraterritorialidade condicionada (§2º). O agente retornou ao Brasil (**presente a primeira condição**). O homicídio doloso é crime também em Portugal (**preenchendo a segunda condição**), incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição (**observando a terceira condição**). CAIO fugiu antes do início do processo, sem notícia de perdão ou causa extintiva da punibilidade (**condições quarta e quinta também presentes**). Conclusão: a lei brasileira vai ser aplicada ao crime de homicídio doloso praticado por CAIO em Portugal.

☒ **CAIO será processado e julgado no Brasil pela Justiça Federal ou Estadual?**

De acordo com o STJ, **competete à Justiça Estadual**¹⁶⁰ a aplicação da nossa lei, salvo se, no caso específico, se fizer presente uma das hipóteses constitucionais que atraem a

160. Neste sentido, CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA CRIME DE FURTO PERPETRADO POR BRASILEIRO, CONTRA VÍTIMA BRASILEIRA, AMBOS RESIDENTES NO JAPÃO. ITER CRIMINIS INTEGRALMENTE OCORRIDO NO EXTERIOR. REGRESSO DO AGENTE AO PAÍS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7º, inciso II, alínea b, e § 2º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional. (STJ – Terceira Seção – CC 115.375 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 29/02/2012).

competência da Justiça Federal (art. 109, CF/88). No nosso exemplo, nada justifica o interesse da União.

☑ **Qual a comarca competente para o processo e julgamento?**

Para identificar em que comarca será o feito processado e julgado, mister se faz recorrer ao artigo 88 do CPP, que dispõe:

“No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República”.

4. PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO.

Da análise da extraterritorialidade da lei brasileira, é possível que suceda a hipótese de ser o agente processado, julgado e condenado tanto pela lei brasileira como pela estrangeira, cumprindo nesta total ou parcialmente a pena. Nesse caso, aplica-se o artigo 8º do Código Penal, que dispõe:

“A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

A redação do artigo permite concluir que dois fatores devem ser considerados: a quantidade e a qualidade das penas. Se da mesma qualidade (duas penas privativas de liberdade, por exemplo), da sanção aplicada no Brasil será abatida a pena cumprida no exterior; se de qualidade diversa (privativa de liberdade e pecuniária), o julgador deverá atenuar a pena aqui imposta considerando a pena lá cumprida.

Exemplo: agente é condenado a pena de 8 (oito) anos na França por ter atentado contra a vida do nosso Presidente da República. No Brasil, é também processado e condenado, mas a pena imposta na sentença foi de 20 (vinte) anos. Neste caso, serão abatidos os 8 (oito) anos cumpridos na França, cumprindo o agente, no Brasil, somente 12 (doze) anos.

Percebe-se que o artigo 8º do Código Penal revela clara exceção ao princípio do *non bis in idem*. Explicam LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA:

“Por força do princípio do *ne bis in idem* penal (material) ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo crime. Essa regra, entretanto, não é absoluta. É relativa. A exceção está precisamente na hipótese de extraterritorialidade da lei penal brasileira: nesse caso, pode o país onde se deu o crime condenar o agente e o Brasil também. São duas condenações pelo mesmo fato. Por força do art. 8º do CP, a pena cumprida no estrangeiro deve ser compensada na pena fixada no Brasil”¹⁶¹.

161. Ob. cit. p. 91-2.

Capítulo VIII

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

Sumário • 1. Introdução; 2. Imunidades diplomáticas; 3. Imunidades parlamentares; 3.1. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*); 3.2 Imunidade parlamentar relativa; 3.2.1. Relativa ao foro; 3.2.2. Relativa à prisão; 3.2.3. Relativa ao processo; 3.2.4. Relativa à condição de testemunha; 3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio; 3.4. Imunidades do parlamentar licenciado; 3.5. Imunidades dos deputados estaduais; 3.6. Imunidades dos vereadores; 3.7. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri

1. INTRODUÇÃO

A lei penal se aplica a todos, nacionais ou estrangeiros, por igual, não existindo privilégios pessoais (art. 5º, *caput*, e inc. I, da CF/88). Há, no entanto, pessoas que, em virtude das suas funções ou em razão de regras internacionais, gozam de imunidades. Longe de uma garantia pessoal, trata-se de necessária **prerrogativa funcional**, proteção ao cargo ou função desempenhada pelo seu titular.

Não se deve, portanto, confundir privilégio com prerrogativa:

PRIVILÉGIO	PRERROGATIVA
Exceção da lei comum deduzida da situação de superioridade das pessoas que a desfrutam	Conjunto de precauções que rodeiam a função e que servem para o exercício desta
É subjetivo e anterior à lei	É objetiva e deriva da lei
Tem uma essência pessoal	Anexo à qualidade do órgão
É poder frente à lei	É conduto para que a lei se cumpra
É próprio das aristocracias das ordens sociais	É próprio das aristocracias das instituições governamentais

Vamos estudar as imunidades **diplomáticas** e **parlamentares** (absoluta e relativa), lembrando que uma análise mais detalhada sobre as demais espécies de imunidades é feita pelo Direito Constitucional.

2. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

A imunidade diplomática é uma prerrogativa de direito público internacional de que desfrutam: (A) os chefes de governo ou de Estado estrangeiro e sua família e membros da sua comitiva; (B) embaixador e sua família; (C) os funcionários do corpo diplomático e família; (D) funcionários das organizações internacionais (ex: Organizações das Nações Unidas) quando em serviço.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, assinada em 1961 e incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 56.435/65, regula a imunidade diplomática. No seu artigo 31,¹⁶² de forma expressa, assegura ao agente diplomático o gozo de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado.

☒ *O diplomata não deve obediência à nossa Lei?*

Por força da característica da generalidade da lei penal, todos devem obediência ao preceito primário da lei do país em que se encontram. Não é diferente em relação aos agentes diplomáticos que, entretanto, escapam à sua consequência jurídica (punição), permanecendo sob a eficácia da lei penal do Estado a que pertencem¹⁶³. Trata-se do fenômeno da **intraterritorialidade**, aplicando-se a lei penal estrangeira a fatos cometidos no território brasileiro. Por consequência, se no país de origem o fato não é crime, o agente não será responsabilizado¹⁶⁴.

O agente diplomático, por disposição expressa, não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão (art. 29, Dec. nº 56.435/65). Esta **inviolabilidade** de que são portadores estende-se à sua residência particular, seus documentos, correspondências e bens (art. 30, mesmo diploma)¹⁵⁵.

Para parcela majoritária da doutrina, a imunidade diplomática tem **natureza jurídica** de causa pessoal de isenção de pena, aplicando-se a qualquer crime – e não só aos atos praticados no exercício da função. **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO MOLINA**, por sua vez, entendem tratar-se de causa impeditiva de punibilidade, justificando que a

“Topografia correta desse assunto dentro do Direito penal, portanto, é a da punibilidade abstrata (ou seja: é uma questão relacionada com a ameaça de pena). O fato praticado sob imunidade diplomática (que pode ser típico e antijurídico) simplesmente não é punível no Brasil, mesmo que se trata de ataque contra Presidente da República do Brasil. É um fato não ameaçado com pena no Brasil (ou seja: não é punível no nosso país)”¹⁶⁶.

Não se deve confundir o agente diplomático com o agente consular. Os agentes consulares, em razão das suas funções meramente administrativas, **não** desfrutam de imunidade diplomática. A sua imunidade é restrita aos atos de ofício, por isso chamada de

162. Dec. 56.435. Art. 31, 1. *O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa [...]*

163. A presente imunidade, no entanto, não impede a investigação policial.

164. Recorde-se que as embaixadas, embora invioláveis, não configuram extensão do país que representam (cf. item “lei penal no espaço”).

165. Nos termos do artigo 37 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, os membros da família do agente diplomático que com ele convivam gozarão das imunidades estabelecidas, prerrogativa que, em regra, alcança também os membros do pessoal administrativo e técnico do corpo diplomático, além dos seus respectivos familiares.

166. Ob. cit. p. 102.

imunidade funcional relativa¹⁶⁷. Dentro desse espírito, tratando-se de crime comum (v.g. homicídio culposo), são punidos de acordo com a lei brasileira; já no caso de delito funcional, isto é, relacionado diretamente com a função consular (v.g. fraude na concessão de passaportes), incide a imunidade, ficando sujeitos à lei do país de origem.

As imunidades têm caráter **irrenunciável**, sendo vedado ao seu destinatário abdicar da sua prerrogativa, já que a mesma é conferida em razão do cargo (e não da pessoa). Não obstante, poderá haver renúncia, desde que expressa, por parte do Estado de origem do agente diplomático (denominado Estado acreditante), nos termos do artigo 32, 1 e 2, do Decreto nº 56.435/65¹⁶⁸.

3. IMUNIDADES PARLAMENTARES

As imunidades parlamentares encontram previsão na Constituição Federal. Tal e qual as diplomáticas, as imunidades parlamentares não configuram “privilégios”, mas “prerrogativas” necessárias ao desempenho independente da atividade parlamentar e à efetividade do Estado Democrático de Direito, marcado pela representatividade dos cidadãos-eleitores. Esclarece MARCELO NOVELINO:

“Os parlamentares possuem um estatuto próprio por um conjunto de normas que estabelecem proibições e prerrogativas voltadas a assegurar a independência do Poder Legislativo (CF, arts. 53 a 56).

Entre as garantias institucionais conferidas a este Poder estão as imunidades, cujo escopo é assegurar a liberdade necessária ao desempenho do mandato. Enquanto prerrogativas do órgão legislativo, e não de ordem subjetiva do congressista, as imunidades são irrenunciáveis”¹⁶⁹.

As imunidades parlamentares classificam-se em *absolutas e relativas*.

3.1. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*)

Também chamada de imunidade substancial, material, real, inviolabilidade ou **indenidade**, a imunidade parlamentar absoluta está prevista no artigo 53, *caput*, da CF/88, nos seguintes termos:

“Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Parte da doutrina ensina que a inviolabilidade não exclui apenas a responsabilidade civil e penal, alcançando, também, a administrativa e política.

167. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), incorporada ao nosso ordenamento através do Decreto nº 61.078/67, prevê que ainda que o agente consular esteja desempenhando atos diplomáticos, não lhe serão conferidas imunidades diplomáticas (art. 17, 1), possuindo imunidade apenas “pelos atos realizados no exercício das funções consulares” (art. 43, 1).

168. A Convenção de Viena sobre as Relações Consulares tem semelhante disposição, vide artigo 45, 1 e 2.

169. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: GEN, 2012, p. 808.

A natureza jurídica da imunidade absoluta é questão controvertida.

(A) PONTES DE MIRANDA, NÉLSON HUNGRIA e JOSÉ AFONSO DA SILVA entendem ser causa excludente de crime¹⁷⁰;

(B) BASILEU GARCIA considera a imunidade absoluta causa que se opõe à formação do crime¹⁷¹;

(C) ANÍBAL BRUNO considera-a causa pessoal (funcional) de isenção de pena¹⁷²;

(D) MAGALHÃES NORONHA entende ser causa de irresponsabilidade;

(E) JOSÉ FREDERICO MARQUES, por sua vez, ensina tratar-se de causa de incapacidade pessoal penal por razões políticas;

(F) por fim, para LUIZ FLÁVIO GOMES (seguido pelo STF¹⁷³), a imunidade parlamentar absoluta torna o **fato atípico**.

A questão, que parece apresentar importância apenas teórica, reflete diretamente na punibilidade do partícipe, vez que, como conduta acessória, será punível somente quando o fato principal for típico e ilícito (teoria da acessoriedade limitada). Assim, entendendo que a indenidade exclui o fato típico ou a sua ilicitude, impunível será a conduta do partícipe, conclusão repudiada para aqueles que lecionam tratar-se de causa extintiva da punibilidade.

✓ **Quais os limites da imunidade parlamentar material?**

Deve haver vínculo (**conexão**) entre as palavras e/ou opiniões do parlamentar e o exercício da sua função. Entende a doutrina (seguida pela jurisprudência) que, estando o parlamentar nas dependências do parlamento, presume-se (de modo absoluto) o nexo. Esse elo, porém, não será presumido nos casos em que o parlamentar encontrar-se fora das dependências da casa legislativa respectiva, demandando prova.

Nesse sentido, o STF:

“1. A imunidade parlamentar material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, caput), incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento. 2. Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar”¹⁷⁴.

170. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 534-535.

171. Ob. cit., p. 249.

172. Ob. cit., p. 250.

173. “O processamento da queixa-crime encontra óbice no inciso III do art. 395 do Código de Processo Penal. Não há justa causa para o exercício da ação penal se o fato increpado ao acusado (detentor de foro por prerrogativa de função) está estreitamente ligado ao exercício do mandato parlamentar, sabido que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (cabeça do art. 53 da CF/88). Torna-se imperioso, portanto, o reconhecimento da manifesta ausência de tipicidade da conduta descrita na inicial acusatória”. (STF – Tribunal Pleno – Inq. 2674 – Rel. Min. Carlos Britto – DJe 26/02/2010)

174. No mesmo sentido: “A imunidade prevista no artigo 53 da Constituição Federal pressupõe elo entre o mandato parlamentar e o que veiculado” (STF – Tribunal Pleno – Inq. 2.813 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 24/05/2011).

Não sem razão, alerta **MARCELO NOVELINO**:

“Na hipótese de utilização de meios eletrônicos (Orkut, Facebook, Twitter, e-mails...) para divulgar mensagens ofensivas à honra de alguém, deve haver vinculação com o exercício parlamentar para que seja afastada a responsabilidade, ainda que a mensagem tenha sido gerada dentro do gabinete. Entendimento diverso daria margem ao exercício abusivo desta prerrogativa que, como destacado, é da instituição e não do parlamentar”¹⁷⁵.

3.2 Imunidade parlamentar relativa

A imunidade parlamentar relativa, também conhecida como imunidade formal, processual ou adjetiva, encontra previsão no artigo 53, §1º ao §8º, da CF/88.

3.2.1. Relativa ao foro

Nos termos do artigo 53, §1º da CF/88, “*Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal*”.

Trata-se de foro por prerrogativa de função, competindo ao STF o processo e julgamento dos parlamentares por infrações penais cometidas antes ou depois do início do mandato.

De acordo com a maioria, o foro especial não se estende ao concorrente sem imunidade, gerando, nessa hipótese, separação de processos, sendo o corrêu não imune processado no seu juízo natural¹⁷⁶.

Da simples leitura do parágrafo, percebe-se que o foro especial se estende da **diplomação** (e não da posse) até o **fim do mandato**¹⁷⁷.

Imaginemos um parlamentar (Deputado Federal ou Senador) que, percebendo que seu processo-crime foi colocado em pauta para final julgamento no STF, buscando procrastinar a decisão final, renuncia na véspera para que o feito seja remetido para o juiz de 1º grau: essa escoteira opção retira do STF a competência para julgá-lo?

Longe de ser uma mera indagação acadêmica, caso semelhante ocorreu, de fato, na história recente da Suprema Corte (Ação Penal 396). Na véspera do julgamento por acusação de associação criminosa (à época quadrilha ou bando) e peculato pelo Supremo Tribunal Federal, o Deputado Federal Natan Donadon renunciou ao cargo com a pretensão de retirar da corte a competência para julgá-lo. Contudo, por 8 votos a 1, o Plenário decidiu, em questão de ordem, que a renúncia de Donadon não deslocava a competência do STF para a primeira instância.

Por isso, a ação adotada para evitar o julgamento do processo que havia catorze anos tramitava na corte foi frustrada, e os ministros prosseguiram na análise do mérito. Na questão

175. Ob. cit., p. 810.

176. Apesar de ser esse também o entendimento tradicional do STF (Súmula 245), no processo que apurava o mensalão, a Suprema Corte, por maioria de votos, concentrou sob sua competência, em nome da conexão, o julgamento de parlamentares, ex-parlamentares e cidadãos comuns.

177. Justamente por configurar prerrogativa – e não privilégio –, o fim do mandato implicará na remessa dos autos para o juiz ordinário competente. Nesse contexto, a Súmula nº 394 do STF, que previa a permanência do foro por prerrogativa de função, mesmo após o mandato, para crimes cometidos durante o exercício funcional, foi **cancelada** pela própria Corte Suprema.

de ordem, a Ministra Cármen Lúcia apontou que se tratava de “fraude processual inaceitável”, que visava a impedir a atuação jurisdicional, pois o objetivo era o de escapar da punição pelo crime de associação criminosa, que prescreveria logo em seguida. Ponderou ainda a Ministra que aceitar o deslocamento da competência do STF em razão da renúncia na véspera do julgamento seria submeter as funções do tribunal aos interesses pessoais do ex-parlamentar.

O único voto discordante foi proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO que defendeu a transferência do processo para a Justiça de 1º grau em Rondônia. Alertou o Ministro:

“Por sermos guardiões maiores da Constituição Federal, não podemos aditá-la”. Segundo ele, “cumpre constatar o fato: não ser mais o réu membro do Congresso Nacional. Com a renúncia, cessou a competência da Corte. A renúncia é um direito potestativo, e, como tal, deve ser analisada dentro do direito de ampla defesa do réu”.

3.2.2. Relativa à prisão

A imunidade relativa à prisão, também denominada pelo Supremo Tribunal Federal de “*incoercibilidade pessoal dos congressistas (freedom from arrest)*”¹⁷⁸, está prevista no art. 53, § 2º, da CF/88, que anuncia:

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

A garantia, portanto, presente desde a diplomação (e não da posse), recai sobre prisão provisória, excepcionada apenas a prisão em flagrante decorrente de prática de crime inafiançável (ex.: racismo¹⁷⁹, tráfico de drogas, crimes hediondos)¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

178. STF – Tribunal Pleno – Inq. 510 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 19/04/1991.

179. Recorde-se que o crime de racismo (Lei nº 7.716/89) não se confunde com injúria racial, prevista no artigo 140, § 3º, do Código Penal. Enquanto no primeiro existe segregação ou incentivo à segregação, no segundo há atribuição de qualidade negativa. O racismo é inafiançável e imprescritível (de ação penal pública incondicionada), enquanto que a injúria racial é afiançável e prescritível (de ação penal pública condicionada).

180. O STF, no entanto, de forma excepcional, no final de 2015, decretou prisão preventiva de Senador (Delcídio do Amaral), a exemplo do que, num passado recente, fez em relação a um deputado estadual, igualmente imune. Em resumo, o Senador, buscando embarçar investigação em curso na Operação Lava Jato, evitando futura delação, propõe a um filho de preso um verdadeiro plano de fuga para seu pai, bem como anuncia exercer indevida influência em Ministros da Corte Suprema, o que garantiria a tão almejada liberdade do condenado. Ocorre, ainda, uma ajuda de custo (R\$ 50.000,00) para o condenado manter-se no país de destino. O afastamento da imunidade prisional do parlamentar, na hipótese, considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, deve ser baseada no postulado da *derrotabilidade* (ou *superabilidade*). Sobre o assunto, explica o constitucionalista Marcelo Novelino: “Nos casos de conflito entre princípios e regras situados em planos distintos, o afastamento da regra legal somente deve ocorrer nos casos de inconstitucionalidade, de manifesta injustiça ou em situações excepcionais que, por escaparem da normalidade, não poderiam ter sido ordinariamente previstas pelo legislador. O afastamento da aplicação de regras válidas ante as circunstâncias específicas do caso concreto é conhecido como *derrotabilidade* (ou *superabilidade*).

Realizada a prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos serão remetidos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a Casa respectiva, que deliberará, por maioria de votos, sobre a prisão. A deliberação sobre a prisão terá caráter eminentemente político (conveniência e oportunidade) e não técnico.

☑ ***Cabe prisão civil contra o Congressista devedor de alimentos?***

A questão gera indisfarçável controvérsia na doutrina. UADI BULOS ensina ser cabível a prisão civil do congressista quando devedor de alimentos¹⁸². GILMAR MENDES, por sua vez, atento ao escopo da prerrogativa (impedir a perseguição pessoal do parlamentar), leciona que a imunidade abarca qualquer ato de privação da liberdade, o que impede também as prisões de natureza extrapenal¹⁸³.

Ousamos divergir das duas. Sem desconsiderar a interpretação teleológica que merece o dispositivo-garantia, mas lembrando dos interesses do alimentando, devemos diferenciar os alimentos provisórios dos definitivos. Os primeiros, objetos de um juízo cognitivo que não exauriu a prova, não raras vezes fixados *inaudita altera pars*, não comportam a coerção da prisão civil, mas somente da penhora (art. 732 do CPC/73 e art. 528, § 8º, do novo CPC).

O parlamentar, nessa hipótese, deve ter o mesmo manto que o protege contra a decretação da prisão penal provisória. Já em se tratando de alimentos definitivos, fixados por juízo que exauriu a prova, de caráter permanente (embora mutáveis), admitem a coação da prisão civil (art. 733 do CPC/73 e art. 528, *caput* e §§ 1º a 7º, do novo CPC). Nada justifica a preponderância da liberdade do exercício da função quando comparada com a comprovada necessidade do alimentando.

3.2.3. Relativa ao processo.

A imunidade parlamentar relativa ao processo está disciplinada no artigo 53, §§3º ao 5º da CF/88, alcançando os crimes praticados pelos congressistas **após** a diplomação¹⁸⁴. Nesses casos, permite-se à Casa Legislativa respectiva sustar, a pedido de partido político com representação no Legislativo Federal, o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e

Em tais hipóteses, o intérprete confere ao princípio da justiça e aos princípios que justificam o afastamento da regra um peso maior do que ao princípio da segurança jurídica e àqueles subjacentes à regra. A ponderação, portanto, não é feita entre a regra e o princípio, mas entre princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra naquele caso específico. Não há nisso, qualquer desobediência ao direito, pois a decisão é pautada por normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico." (*Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016).

181. A prisão decorrente de sentença definitiva é cabível, não abrangida pela imunidade ora estudada. Neste sentido Inq. 510/STF: "*Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o "due process of law", a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional. Precedentes: RTJ 70/607"*.

182. *Curso de Direito Constitucional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1101.

183. *Curso de Direito Constitucional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 963.

184. Não haverá incidência de qualquer imunidade formal em relação às infrações anteriores à diplomação, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo STF, enquanto durar o mandato.

nominal da maioria absoluta de seus membros. A suspensão da ação penal deverá ser apreciada no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias e, caso se entenda pela sustação, ela persistirá enquanto durar o mandato, acarretando, igualmente, a suspensão da prescrição.

A matéria foi alterada pela E.C nº 35/2001, como se percebe do quadro abaixo:

Antes da E.C nº 35/2001	Depois da E.C nº 35/2001
Abrangia qualquer crime, praticado antes ou depois da diplomação.	Só abrange crimes praticados após a diplomação
STF necessitava de autorização para iniciar o processo.	O STF dispensa a autorização. Contudo, a Casa legislativa, mediante voto, pode sustar o andamento do processo.
Enquanto não autorizado, não corria a prescrição.	A sustação do processo suspende também a prescrição.

Por fim, registre-se que a *“a prerrogativa extraordinária da imunidade parlamentar em sentido formal não se estende e nem alcança os inquéritos policiais que tenham sido instaurados contra membros do Congresso Nacional”* (RTJ 166/785-786, Rel. Min. Celso de Mello¹⁸⁵). Exige-se, entretanto, iniciativa do MPF e supervisão do STF, dada a imunidade titularizada pelo parlamentar¹⁸⁶.

3.2.4. Relativa à condição de testemunha.

A regra é que os parlamentares são obrigados a testemunhar, prestando compromisso, salvo nas duas hipóteses previstas no artigo 53, §6º da CF/88:

- (A) sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato; e
- (B) sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Embora a testemunha tenha o dever de comparecer quando intimados pelo juízo para prestar seu depoimento, o artigo 221 do Código de Processo Penal estabelece que os deputados e senadores terão a prerrogativa de ajustar dia, horário e local com essa finalidade. Deve-se notar, entretanto, que a prerrogativa processual penal é exclusiva para parlamentar enquanto ostentar a condição de testemunha, **não** se aplicando ao parlamentar investigado ou acusado¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

185. Entendimento reiterado no julgamento do Inq. 1.504 pelo STF, veiculado no Informativo nº 153.

186. “Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF”. (STF – Tribunal Pleno – Inq 2411 QO – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 25/04/2008)

187. Neste sentido, Cf. STF, Inq. 1.504.

188. Embora seja assegurado esse direito às autoridades indicadas no art. 221, CPP, o STF já decidiu pela perda desta prerrogativa caso a autoridade abuse do direito e não atenda ao chamado da justiça para que indique dia, horário e local para a sua oitiva. (Cf. STF – Tribunal Pleno – AP 421 QO – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 03/02/2011).

3.3. Imunidades parlamentares e o estado de sítio

As imunidades acima analisadas subsistem, ainda que durante o **estado de sítio**. Nos termos do artigo 53, § 8º da CF/88, as imunidades de deputados e senadores somente serão suspensas se houver votação da Casa respectiva, com votação de dois terços pela suspensão. De todo modo, ainda nessa hipótese, somente os atos praticados fora do Congresso Nacional e que sejam incompatíveis com a execução da medida estarão desprotegidos pela imunidade.

3.4. Imunidades do parlamentar licenciado

Caso o parlamentar se licencie do cargo para o qual foi eleito com o objetivo de exercer outro, por exemplo, Ministro de Estado, **não** manterá sua imunidade (que não é pessoal, mas da função), salvo no que toca ao foro especial¹⁸⁹.

Dentro desse espírito, foi cancelada a súmula nº 4 do STF¹⁹⁰.

3.5. Imunidades dos deputados estaduais

As imunidades estudadas, por força do mandamento insculpido no artigo 27, §1º, CF/88¹⁹¹, também devem ser aplicadas aos deputados estaduais. Consagra-se o **princípio da simetria**, que conduz à **superação** da súmula nº 3 do STF¹⁹².

Em síntese:

Imunidade absoluta nas opiniões palavras e votos	Imunidade absoluta nas opiniões palavras e votos
Imunidade relativa: a) Foro (STF) b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha	Imunidade relativa: a) Foro (TJ/TRF/TRE) b) Prisão c) Processo d) Condição de Testemunha

189. Neste sentido: "A 1ª Turma concedeu habeas corpus para cassar decreto de prisão expedido por juiz de direito contra deputado estadual. Entendeu-se que, ante a prerrogativa de foro, a vara criminal seria incompetente para determinar a constrição do paciente, ainda que afastado do exercício parlamentar". (STF – Info nº 628 – HC 9548 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJe 24/05/2011)

190. STF. Súmula nº 4. Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado. (Cancelada pelo Inq 104 RTJ-99/477 – 26/08/1981)

191. CF/88. Art. 27, § 1º. Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

192. STF. Súmula nº 3. A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à justiça do estado (Tribunal Pleno declarou superada a Súmula 3 no julgamento do RE 456679).

3.6. Imunidades dos vereadores

Os vereadores, por força do art. 29, VIII, da CF/88, desfrutam somente de imunidade absoluta, desde que as suas opiniões, palavras e votos sejam proferidos no exercício do mandato (nexo material) e na circunscrição do Município (critério territorial)¹⁹³.

A Constituição Estadual, contudo, pode prever foro especial para o processo e julgamentos de infrações penais.

Assim, temos:

Deputados Federais e Senadores Da República	Deputado Estadual	Vereador
Imunidade absoluta em âmbito nacional.	Imunidade absoluta em âmbito nacional.	Imunidade absoluta pelas palavras proferidas no exercício do mandato e restrita à circunscrição do município em que exercem a vereança.
Imunidade relativa.	Imunidade relativa.	Não possui imunidade relativa*, podendo sua prerrogativa de foro ser instituída pela Constituição estadual.
Julgamento pelo STF	Julgamento pelo TJ/TRF/TRE	Em regra, julgamento pelo órgão de primeiro grau. Excepcionalmente, pelo Tribunal respectivo competente (ex.: Constituição estadual do RJ e PI).

193. Nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade prevista no art. 29, VIII, da CF aos vereadores ("Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: ... VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município"). Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, proveu recurso extraordinário em que se discutia o alcance da imunidade material de vereador em discurso, supostamente ofensivo à honra, proferido da tribuna da Casa Legislativa municipal. O Colegiado reputou que, embora as manifestações fossem ofensivas, teriam sido proferidas durante a sessão da Câmara dos Vereadores — portanto na circunscrição do Município — e teriam como motivação questão de cunho político, tendo em conta a existência de representação contra o prefeito formulada junto ao Ministério Público — portanto no exercício do mandato. O Ministro Teori Zavascki enfatizou ser necessário presumir que a fala dos parlamentares, em circunstâncias como a do caso, teria relação com a atividade parlamentar. Do contrário, seria difícil preservar a imunidade constitucional. O Ministro Gilmar Mendes sublinhou que, se o vereador tivesse de atuar com bons modos e linguagem escorreita, não haveria necessidade de a Constituição garantir a imunidade parlamentar. O Ministro Celso de Mello destacou que se o vereador, não obstante amparado pela imunidade material, incidisse em abuso, seria passível de censura, mas da própria Casa Legislativa a que pertencesse. Vencido o Ministro Marco Aurélio (relator), que desprovia o recurso. Considerava que a inviolabilidade dos vereadores exigiria a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, o que não teria havido na espécie" (RE 600063/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, 25.2.2015).

Deputados Federais e Senadores Da República	Deputado Estadual	Vereador
*. “A Constituição Federal não assegurou ao Vereador a garantia da imunidade parlamentar formal. Os membros do Poder Legislativo dos Municípios podem ser submetidos a processo penal, independentemente de prévia licença da Câmara de Vereadores a que pertencem”. (STF – Tribunal Pleno – HC 70352 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03/03/1993).		

Conclui-se, do quadro, que, em regra, o processo-crime em desfavor do vereador tramita perante o órgão jurisdicional de primeiro grau, salvo se a Constituição Estadual dispuser de maneira diversa.

3.7. Foro por prerrogativa de função x Tribunal do Júri

O foro por prerrogativa de função, previsto na CF/88, prevalece sobre a competência constitucional do Tribunal do Júri (é a Carta Maior excepcionando-se a si mesma). Dentro desse espírito, caso pratique crime doloso contra a vida, o congressista será julgado perante o STF, enquanto que o parlamentar estadual, pelo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal, se o caso).

Esta regra, contudo, **não** se aplica aos vereadores. Como estudamos, o vereador não detém prerrogativa de foro, salvo se prevista na Constituição Estadual. Sabendo que a competência do Júri está estampada na Constituição Federal, nos crimes dolosos contra a vida permanecem sujeitos à decisão do Conselho de Sentença.

Nesse sentido, aliás, temos a Súmula Vinculante nº 45:

“A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”.

Capítulo IX

DISPOSIÇÕES FINAIS

Sumário • 1. Eficácia da sentença estrangeira; 2. Contagem do prazo; 3. Frações não computáveis da pena; 4. Conflito aparente de normas; 4.1. Especialidade (*lex specialis derogat legi generali*); 4.2. Subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*); 4.3. Consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*)

1. EFICÁCIA DA SENTENÇA ESTRANGEIRA

Na conformidade da lei brasileira (art. 935 do Código Civil e arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal), uma vez existente sentença condenatória na esfera criminal, pode ser o autor do crime responsabilizado civilmente, sem possibilidade de discussão meritória. Atualmente, com a reforma processual penal de 2008, o valor mínimo indenizatório pode, inclusive, ser fixado pelo juízo criminal, por ocasião da sentença, nos termos do artigo 397 do CPP¹⁹⁴.

Pode ocorrer, no entanto, que a sentença criminal seja proveniente de órgão jurisdicional estrangeiro, e, neste caso, deverá ser homologada no Brasil, exigindo-se, para tanto, que esteja provado o seu trânsito em julgado (súmula nº 420 do STF¹⁹⁵). Esta homologação compete ao **STJ**, nos termos do artigo 105, I, “i” da CF/88 (incluído pela E.C nº 45/2004), merecendo releitura o artigo 787 do CPP, que atribuía ao STF o procedimento.

A decisão de homologação da sentença estrangeira não atinge o seu mérito, vez que o Superior Tribunal de Justiça somente realiza um exame formal acerca do preenchimento dos requisitos elencados nos incisos do artigo 788 do Código de Processo Penal¹⁹⁶.

No que tange à obrigação de reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, haverá sempre necessidade de requerimento da parte interessada.

194. O STJ, no julgamento do REsp. 1.193.083-RS, decidiu que, a fixação na sentença de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, depende de pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu.

195. STF. Súmula nº 420. *Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado*

196. No mesmo sentido, confira-se a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: Art. 15. *Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. (Vide art.105, I, i da Constituição Federal).*

Já quanto à medida de segurança, para a sua homologação é necessário que haja tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a decisão ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

Note-se que se a hipótese for de extraterritorialidade incondicionada, a sentença proferida no estrangeiro (condenatória ou absolutória) não terá eficácia de coisa julgada, já que os fatos poderão ser novamente apreciados no Brasil, com aplicação da legislação local. De igual modo, a sentença proferida no estrangeiro que trate de crime praticado no Brasil não poderá ser aqui executada, e, por isso, poderá haver novo processo pelo mesmo fato. Em ambos os casos, aplicar-se-á a regra prevista no artigo 8º do Código Penal.

A sentença absolutória proferida no estrangeiro, que trate de crime praticado fora do território nacional, nos casos de extraterritorialidade condicionada, obstará a instauração de nova ação penal no Brasil, ocorrendo o mesmo se houver condenação no exterior com o cumprimento da pena por lá. Tal não ocorre, no entanto, se, havendo condenação no estrangeiro, o agente não cumprir a pena e entrar em território nacional, hipótese em que poderá ser novamente processado.

Nem todo o efeito de sentença estrangeiro é condicionado. Efetivamente, há determinados efeitos que não dependem de homologação. Por exemplo, para que uma sentença gere efeitos de reincidência não é necessário que ela seja homologada no país. Como explica DAMÁSIO:

“A sentença penal estrangeira produz outros efeitos, com referência à reincidência, ‘sursis’ e livramento condicional. Nesses casos, seu reconhecimento não depende de homologação, como se percebe, a ‘contrario sensu’, do disposto no artigo 787 do CPP. Esta só é exigível quando se trata de execução de julgamento proferido no estrangeiro”¹⁹⁷.

2. CONTAGEM DO PRAZO

Em matéria penal, devem ser diferenciados os prazos processuais e os prazos penais.

Os **prazos processuais penais** seguirão a regra do artigo 798, § 1º, do Código de Processo Penal, não se computando o dia do começo, mas incluindo-se o do vencimento. O prazo que terminar em domingo ou feriado considerar-se-á prorrogado até o imediato dia útil (art. 798, § 3º) e a intimação feita na sexta-feira conduz ao início do prazo processual na segunda-feira seguinte – ou primeiro dia útil que se seguir (súmula nº 310 do STF).

Ao contrário do que ocorre com os prazos processuais, os **prazos penais** são **improrrogáveis** e na sua contagem o dia do começo é incluído no cálculo (art. 10, CP). Tal forma de cômputo se aplica a todos os prazos da lei material, tais como os de duração das penas, do *sursis*, do livramento condicional, da prescrição, da decadência, etc. Seguimos, para tanto, o calendário comum (gregoriano).

197. Ob. cit. p. 178.

A diferença na contagem dos prazos foi fixada apenas e tão somente para **favorecer o réu**. Na contagem dos prazos processuais, não se considerando o dia de início, dá-se ao agente “um dia a mais” para lançar mão da providência processual adequada. Em contrapartida, como os prazos penais sempre correm em favor do réu, começam a ser contados um dia antes, sem possibilidade de prorrogação. Assim, se a prescrição se verifica no dia 22 de agosto, um domingo, será este o marco da extinção da punibilidade do Estado, por favorecer o agente¹⁹⁸.

Note-se que, embora insuscetível de prorrogação, o prazo penal pode ser suspenso ou interrompido, como ocorre nas hipóteses previstas nos artigos 116 e 117 do Código Penal, respectivamente.

3. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

Nos termos do artigo 11 do Código Penal, se o montante final da pena, resultante das operações previstas em lei, não for um número inteiro, deve o juiz desprezar as frações de dia nas penas privativas de liberdade e restritiva de direitos, e, na pena de multa, as frações de real¹⁹⁹.

Como bem observa **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**²⁰⁰, no caso das penas restritivas de direitos a previsão legal é dispensável, já que são elas sempre aplicadas em substituição às privativas de liberdade, e, portanto, já terá o magistrado desconsiderado as frações não computáveis da pena em momento anterior.

4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Há situações em que, ocorrido o fato, vislumbra-se a aplicação de mais de um dispositivo legal, gerando um conflito aparente de normas. Diz-se aparente porque, no plano da concretude, apenas uma norma será aplicada, vedando-se, obviamente, a incidência de várias normas em concurso, sob pena de retirar do Direito Penal o caráter sistemático e harmônico de que é dotado (ordenamento jurídico pressupõe ordem!)²⁰¹.

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO bem elucida o assunto:

“Os tipos legais delitivos apresentam, via de regra, autonomia e independência para a captação dos fatos que se amoldam à figura estabelecida. Têm os tipos, destarte, em princípio, identidade própria, decorrente da estrutura que lhes é dada pela lei, de modo que cada figurino típico recortado na lei penal é distinto dos outros.

198. Igualmente, caso o cidadão seja preso no dia 29 de abril às 22h, este dia será computado como um dia completo para efeitos do prazo. Sendo a pena de um mês, por exemplo, o cumprimento se encerrará no dia 28 de maio.

199. O dispositivo faz menção a “frações de cruzeiro”, termo que deve ser atualizado para a moeda corrente.

200. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 107.

201. O conflito aparente de leis penais não se confunde com o concurso de crimes: no primeiro, temos duas leis vigentes e um só fato (um crime); no segundo, temos vários crimes, podendo incidir pluralidade de leis em concurso.

Algumas vezes, entretanto, os tipos se coordenam, relacionam e interpenetram, interagindo, de sorte que um mesmo episódio encontra a possibilidade de ser captado, alcançado e subsumido por mais de um tipo legal delitivo, sem que, no entanto, todos se apliquem”²⁰².

Não se confunde conflito aparente de normas com sucessão de leis penais no tempo. No primeiro, duas leis vigentes disputam aplicação no caso concreto; no segundo, o conflito se dá entre lei vigente e lei revogada.

Lei vigente x Lei vigente	Lei revogada x Lei vigente
---------------------------	----------------------------

São, portanto, **pressupostos** do conflito aparente de normas a unidade de fato e a pluralidade de normas simultaneamente vigentes.

Verificados esses pressupostos, impõe-se a solução do conflito (aparente) para (A) assegurar a harmonia e coerência do sistema penal e, ao mesmo tempo, (B) evitar a possibilidade do *bis in idem*, que poderia ocorrer caso duas normas (aparentemente aplicáveis) incidissem sobre o mesmo fato.

Três são os princípios fundamentais válidos para resolver o aparente conflito: (A) especialidade; (B) subsidiariedade e (C) consunção²⁰³.

4.1. Especialidade (*lex specialis derogat legi generali*)

O princípio da especialidade está previsto no artigo 12 do Código Penal e determina que se afaste a lei geral para aplicação da lei especial.

Entende-se como lei especial aquela que contém todos os elementos da norma geral, acrescida de outros que a tornam distinta (chamados de especializantes). O tipo especial preenche integralmente o tipo geral, com a adição de elementos particulares.

Como exemplo, citamos a importação irregular de drogas. Num primeiro momento, duas normas, aparentemente, conflitam, disputando a punição do comportamento ilícito: art. 334-A do CP (crime de contrabando) e o art. 33 da Lei nº 11.343/06 (crime de tráfico de drogas). Analisando as duas normas, não há como negar que a Lei de Drogas, no caso, derroga o crime do Código Penal, pois o artigo 334-A considera como contrabando o ato de importar ou exportar **qualquer** mercadoria proibida. Já a

202. *Direito Penal-Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 671.

203. O **princípio da alternatividade** tem validade e aplicação prática nos chamados crimes de conteúdo múltiplo (ou variado), isto é, tipos penais que contam com vários verbos nucleares (cf. art. 33 da Lei de Drogas, art. 12 do Estatuto do Desarmamento etc.). Nessas hipóteses, se o agente realiza vários verbos, porém, *no mesmo contexto fático e sucessivamente* (p. ex., depois de *importar* e *preparar* certa quantidade de droga, o agente *traz consigo* porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo o juiz considerar a pluralidade de núcleos praticados na fixação da pena. Percebe-se, portanto, que o princípio da alternatividade não resolve um conflito aparente de normas, mas conflito dentro da própria norma.

Lei nº 11.343/06 pune a importação de mercadoria proibida dotada de circunstâncias particulares. Não será qualquer produto importado ilegalmente que tipificará o crime de tráfico, mas somente **drogas** (produto especial). O art. 33 da Lei 11.343/06 tem, portanto, todos os elementos presentes no art. 334-A do CP e mais outro, especial. Deve prevalecer sobre a lei geral.

Em regra, a lei especial não sofre nenhuma consequência pela alteração da lei geral. No entanto, lembra **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**²⁰⁴, pode haver influência se a lei geral nova beneficia o réu de alguma forma. Exemplifica o autor: o artigo 85 da Lei nº 9.099/95 determina que, não efetuado o pagamento da pena de multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade ou em restritiva de direitos, nos termos previstos em lei. No entanto, o artigo 51 do Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.268/96, modificando a natureza da multa, que passou a ser tratada como dívida de valor. Neste caso, há clara incompatibilidade entre esses dispositivos. A alteração da norma geral conforma a norma especial.

Não interessa se o crime especial representa um *minus* (punido com menor rigor) ou um *plus* (punido com maior rigor) em comparação com o tipo geral. Não se trata de uma relação gradativa entre os injustos penais, mas comparativo-descritiva *in abstracto*. O infanticídio (art. 123 do CP), tipo especial relativamente ao homicídio (art. 121 do CP), é punido com pena menor (2 a 6 anos) quando comparado com o tipo geral (6 a 20 anos).

4.2. Subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)

Uma lei tem caráter subsidiário relativamente a outra (principal) quando o fato por ela incriminado é também incriminado por outra, tendo um âmbito de aplicação comum, mas abrangência diversa. A relação entre as normas (subsidiária e principal) é de maior ou menor gravidade (e não de espécie e gênero, como na especialidade).

A norma dita subsidiária atua apenas quando o fato não se subsuma a crime mais grave.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. É expressa quando a lei prevê a subsidiariedade explicitamente, anunciando a não aplicação da norma menos grave quando presente a mais grave (exemplo: art. 132 do CP, 307 do CP etc).

Há subsidiariedade tácita quando um delito de menor gravidade cede diante da presença de um delito de maior gravidade, integrando aquele a descrição típica deste (exemplo: art. 311 do CTB e 302 do mesmo estatuto).

Em ambas as hipóteses (subsidiariedade expressa ou tácita), ocorrendo o delito principal (o maior), afasta-se a aplicação da regra subsidiária (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

204. Código Penal Comentado. 13ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 109-110.

ROGÉRIO GRECO não enxerga utilidade no princípio da subsidiariedade:

“Haja vista que problemas dessa ordem podem perfeitamente ser resolvidos pelo princípio da especialidade. Se uma norma for especial em relação à outra, como vimos, terá aplicação ao caso concreto. Se a norma dita subsidiária for aplicada, é sinal de que nenhuma outra mais gravosa poderia ter aplicação. Isso não deixa de ser especialidade”²⁰⁵.

No mesmo sentido, explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“A enunciação do princípio [da subsidiariedade], literalmente, tem o mesmo significado, em outras palavras, que o princípio da especialidade, pois aduz que o preceito da lei principal (tipo especial) prevalece sobre o que lhe é subsidiário e supletivo (tipo geral).

A importância do princípio examinado advém da sua colocação inversa.

Assim, sempre que um tipo especial não possa, por um motivo qualquer, abrigar tipicamente o episódio analisado, o tipo geral, subsidiária e supletivamente, como reserva do tipo especial (já que este contém todos os seus elementos), outorgará guarida típica ao fato.

(...)

Desse modo, se o fato concreto não contiver todos os elementos especializantes requestados pelo tipo especial e não lograr, consequentemente, nele se subsumir, não ficará, no entanto, atípico, pois terá sua tipificação projetada e transferida para o tipo geral, que, então, o compreenderá”²⁰⁶.

4.3. Consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*)

Também conhecido como princípio da absorção, verifica-se a continência de tipos, ou seja, o crime previsto por uma norma (consumida) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (consuntiva) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo).

Os fatos aqui não se acham em relação de espécie e gênero, mas de parte a todo, de meio a fim.

Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses:

(A) Crime progressivo: se dá quando o agente para alcançar um resultado/crime mais grave passa, necessariamente, por um crime menos grave. Por exemplo, no homicídio, o agente tem que passar pela lesão corporal, um mero crime de passagem para matar alguém.

205. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 2. Niterói: Impetus, p. 89.

206. Ob. cit., p. 676.

(B) **Progressão criminosa**: o agente substitui o seu dolo, dando causa a resultado mais grave. O agente deseja praticar um crime menor e o consuma. Depois, delibera praticar um crime maior e também o concretiza, atentando **contra o mesmo bem jurídico**. Exemplo de progressão criminosa é o caso do agente que inicialmente pretende somente causar lesões na vítima, porém, após consumir os ferimentos, decide ceifar a vida do ferido, causando-lhe a morte. Somente incidirá a norma referente ao crime de homicídio, artigo 121 do Código Penal, ficando absorvido o delito de lesões corporais.

Crime progressivo, portanto, **não** se confunde com **progressão criminosa**: no crime progressivo o agente, desde o princípio, já quer o crime mais grave. Na progressão, primeiro o sujeito quer o crime menos grave (e consuma) e depois decide executar outro, mais grave. Em ambos o réu responde por um só crime.

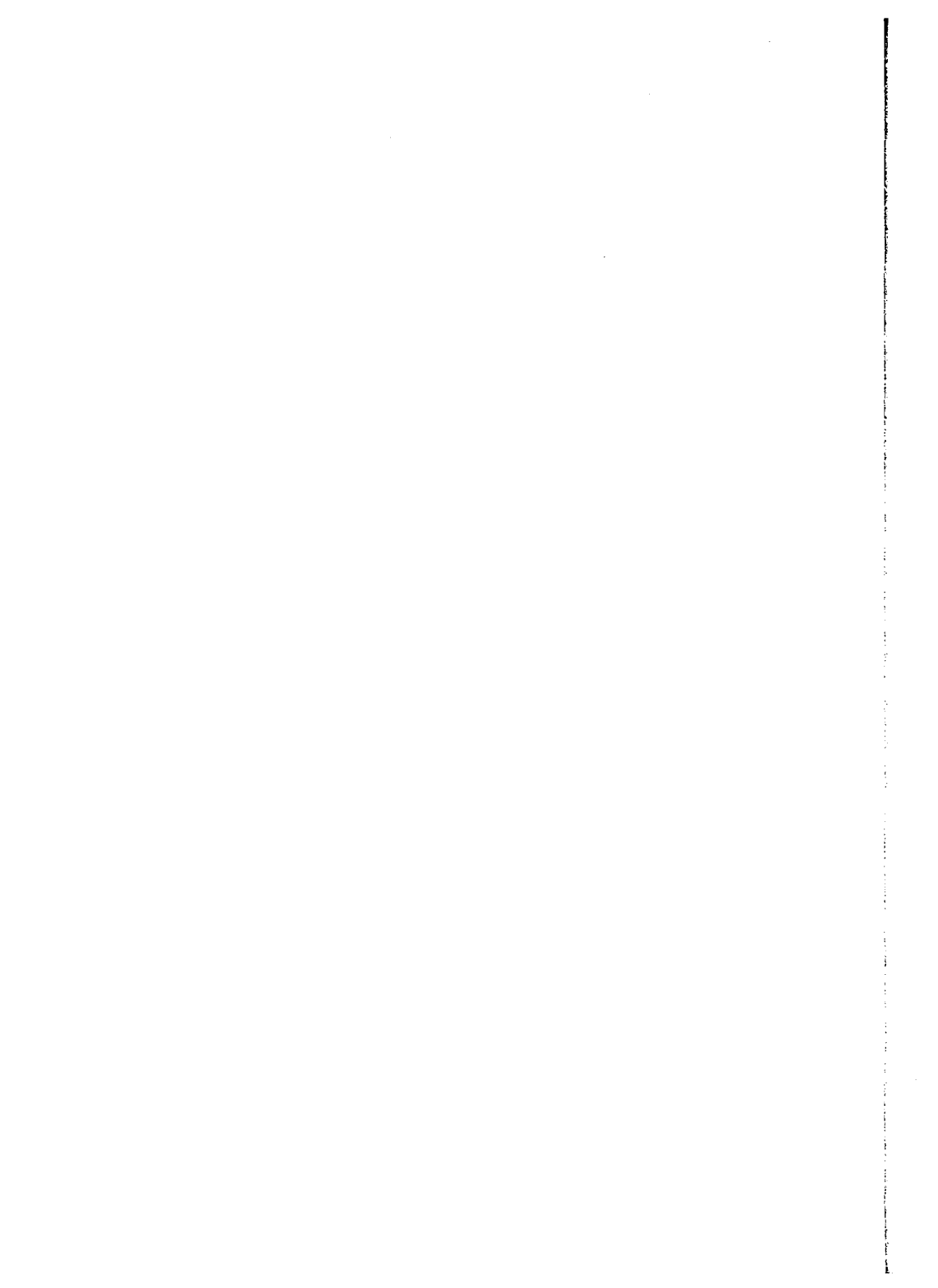
(C) **“Antefactum” impunível**: são fatos anteriores que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave. É o caso da violação de domicílio para praticar o furto. Note que o delito antecedente (antefato impunível) não é passagem necessária para o crime fim (distinguindo-se do crime progressivo). Foi meio para aquele furto. Outros furtos ocorrem sem haver violação de domicílio. Também não há substituição do dolo (diferente da progressão criminosa).

(D) **“Postfactum” impunível**: pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente e, portanto, por ele não pode ser punido. O sujeito que furta um automóvel e depois o danifica não praticará dois crimes (furto + dano), mas somente o crime de furto, sendo a destruição fato posterior impunível.

Crime progressivo	Progressão criminosa	Antefato impunível	Postfato impunível
O agente, para alcançar um resultado/crime, passa necessariamente por um crime menos grave, denominado crime de passagem . (para matar o agente, necessariamente, deve ofender a integridade corporal da vítima).	Há dois fatos e o agente primeiro quer o menor e depois decide praticar o maior (no âmbito de proteção do mesmo bem jurídico), havendo, portanto substituição do dolo (o agente quer ferir. Depois de ofender a integridade corporal da vítima, decide matá-la).	São fatos anteriores, não obrigatórios , mas que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave , numa relação de fatos meios para fatos fins (violação de domicílio para furtar).	O agente, depois de já ofender o bem jurídico , incrementa a lesão. Pode ser considerado um exaurimento do crime principal (danificar o produto do furto)

Parte 2

TEORIA GERAL DO CRIME



Capítulo I

INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DO CRIME

Sumário • 1. Introdução; 2. Infração penal, crime, delito e contravenção penal; 3. Diferenças entre crime e contravenção penal; 3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta; 3.2. Quanto à espécie de ação penal; 3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa; 3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira; 3.5. Quanto à competência para processar e julgar; 3.6. Quanto ao limite das penas; 3.7. Quanto ao período de prova do *sursis*; 3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária; 3.9. Quanto à possibilidade confisco; 4. Sujeitos (ativo e passivo) do crime; 5. Objetos (material e jurídico) do crime material; 6. Substratos do crime

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral possibilita a compreensão dos elementos necessários à configuração do crime, bem como dos pressupostos para imposição da sanção penal.

Trata-se do estudo dos contornos que devem estar presentes no fato jurídico (provinhos da vontade humana) para que possa concretizar, com justiça, o direito de o Estado punir seu autor (permitir que o fato seja punível). Como bem alertam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“A dogmática penal deve possibilitar que se assegure com *certeza e garantias* que a um fato da vida real corresponda a uma pena ou uma medida de segurança. Os atores do fato criminoso (sujeito ativo e sujeito passivo), as instâncias chamadas a intervirerem perante esse feito (polícia, promotores, juízes) e inclusive toda a comunidade como última destinatária das normas jurídicas devem ter a segurança de que a imposição de uma sanção penal responde a critérios científicos sérios, que não é resultado de uma atitude arbitrária ou caprichosa do intérprete. Justamente o Direito Penal, por ser o instrumento mais repressivo com que conta o Estado, requer um grau superior de sistematização, ou seja, de critérios lógicos para formular uma interpretação coerente, ordenada e fundamentalmente uniforme da Lei Penal. Por todos esses motivos a teoria do crime aparece como um instrumento indispensável para a interpretação da Lei Penal, para conhecer seu conteúdo”¹.

2. INFRAÇÃO PENAL, CRIME, DELITO E CONTRAVENÇÃO PENAL

O conceito de infração penal varia conforme o enfoque.

1. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217

Sob o **enfoque formal**, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena.

Num **conceito material**, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.

O **conceito analítico** leva em consideração os elementos estruturais que compõem infração penal, prevalecendo fato típico, ilícito e culpável.

No Brasil, **infração penal** é gênero, podendo ser dividida em crime (ou delito) e contravenção penal (ou crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo)². Adotou-se o sistema dualista ou binário. Essas espécies, no entanto, não guardam entre si distinções de natureza ontológica (do ser), mas apenas axiológica (de valor).

Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações.

A título de exemplo, lembramos o leitor que o porte ilegal de arma de fogo, até o ano de 1997, configurava contravenção penal (artigo 19 da Lei de Contravenções Penais), infração de menor potencial ofensivo. No ano de 1997 foi elevado à categoria de crime e, em 2003, algumas figuras chegaram a ser rotuladas como inafiançáveis (Estatuto do Desarmamento). A conduta de portar arma de fogo sem autorização não mudou, mas sim a visão do legislador sobre a sua gravidade do comportamento. O mesmo ocorre com a conduta de fornecer bebida alcoólica a criança ou adolescente. Entendia-se que esta conduta não estava inserida no art. 243 da Lei 8.069/90, mas, sim, no art. 63, inciso I, do Decreto-lei 3.688/41. A Lei 13.106/15 alterou o art. 243 para inserir expressamente a bebida alcoólica naquele tipo penal, e revogou a contravenção penal.

☒ ***Quais as consequências ao se adotar (ou optar) pela etiqueta de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano indesejado pelo meio social?***

É o que veremos no tópico seguinte.

2. O documento fundamental, no caso de crime, é o Código Penal, e em se tratando de contravenção penal, o Dec. Lei 3.688 de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Existem, contudo, leis extravagantes prevendo crimes ou contravenções penais, suprimindo as lacunas eventualmente apresentadas pelo CP e LCP.

3. DIFERENÇAS ENTRE CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

Apesar de ontologicamente idênticos (aplicando-se às contravenções as regras gerais do CP), *crime* e *contravenção* possuem algumas diferenças trazidas pela própria lei:

3.1. Quanto à pena privativa de liberdade imposta

Nos termos do que disposto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, “*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente*” (art. 1º). Percebam, portanto, que os crimes serão punidos com penas mais severas (reclusão ou detenção), enquanto as contravenções penais com penas menos severas (destacando-se a prisão simples, art. 6º da LCP, que não segue os rigores penitenciários daquelas).

3.2. Quanto à espécie de ação penal

As contravenções penais são todas perseguidas mediante ação penal pública incondicionada, por força do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais (Dec. Lei 3.688/1941)³. Os crimes, por sua vez, serão, em regra, processados mediante ação penal pública incondicionada, sendo de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada quando a lei dispuser em sentido contrário.

3.3. Quanto à admissibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. Por sua vez, muito embora possa ocorrer, no mundo dos fatos, a tentativa de contravenção penal **não é punível**, consoante disposição do artigo 4º da Lei de Contravenções Penais.

3.4. Quanto à extraterritorialidade da lei penal brasileira

Como já estudado, presentes alguns requisitos, é possível a aplicação da lei brasileira a fato praticado fora do nosso território, nos termos do artigo 7º do Código Penal. Esta

3. Parte da doutrina passou a defender que a prática das vias de fato (art. 21 da LCP) seria hipótese de contravenção penal perseguida mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima. O fundamento seria o disposto no artigo 88 da Lei nº 9.099/95, que alterara a ação penal própria do crime de lesão corporal leve. Já que a lesão leve é conduta mais grave que aquela contravenção, argumentava-se que ambas deveriam ser processadas através de ação penal condicionada. Não obstante os reclames doutrinários, o STF não adotou a tese, compreendendo que a gravidade da conduta não é critério norteador para a aferição da ação penal respectiva, motivo pelo qual as vias de fato continuam sendo contravenção penal perseguida mediante ação incondicionada, inexistindo, até aqui, exceção ao artigo 17 da Lei de Contravenções Penais.

regra somente se aplica aos **crimes**, já que para as contravenções penais vige o artigo 2º da LCP, que determina que *“A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”*.

3.5. Quanto à competência para processar e julgar

A competência é matéria disciplinada pela Constituição Federal. O processo e julgamento de crimes serão de competência da Justiça Federal sempre que incidirem uma das hipóteses do artigo 109 da Carta Magna, sendo residual a competência da Justiça Estadual. No que tange às contravenções penais, entretanto, a competência será sempre da Justiça Estadual, salvo na hipótese em que o contraventor seja detentor de foro por prerrogativa de função que obrigue julgamento perante Tribunal federal ou nacional (TRF, STJ ou STF).

3.6. Quanto ao limite das penas

Nos termos do artigo 75 do Código Penal, o cumprimento da pena pelo cometimento de crime não excederá os 30 (trinta) anos. A duração da pena de prisão simples, por sua vez, não poderá ser superior a 5 (cinco) anos, consoante o artigo 10 da LCP.

3.7. Quanto ao período de prova do *sursis*

O *sursis* é benefício previsto no artigo 77 do CP que significa a suspensão da execução da pena por prazo determinado, prazo este denominado de **período de prova**.

O período de prova para a suspensão da pena decorrente da prática de crime é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (excepcionalmente, de 4 a 6 anos), enquanto que a Lei de Contravenções Penais fixa o prazo de 1 (um) a 3 (três) anos de suspensão da pena de prisão simples.

3.8. Quanto ao cabimento de prisão preventiva e temporária

A prisão preventiva não pode ser imposta pela prática de contravenção penal por interpretação do artigo 313 do Código de Processo Penal. Esta medida cautelar restringe-se à prática de crime.

A prisão temporária, por sua vez, somente pode ser aplicada às infrações penais listadas em rol taxativo previsto no artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89, rol no qual não se incluiu qualquer contravenção penal.

3.9. Quanto à possibilidade de confisco

Somente é possível o confisco de bens que configurem produto do **crime**, excluída a possibilidade deste efeito penal da sentença condenatória em relação às contravenções penais.

3.10. Quanto à ignorância ou à errada compreensão da lei

Nas contravenções penais, a ignorância ou a errada compreensão da lei, quando escusáveis, podem fazer com que a lei deixe de ser aplicada (art. 8º do Decreto-lei nº 3.688/41). Tratando-se de crime, por outro lado, o desconhecimento da lei é inescusável; serve no máximo como atenuante de pena (arts. 21 e 65, inciso II, do Código Penal).

Em resumo:

	Crime	Contravenção Penal
Tipo de pena privativa de liberdade	Reclusão/detenção e/ou multa	Prisão simples e/ou multa
Espécie de ação penal	Ação penal privada e ação penal pública (condicionada ou incondicionada)	Ação penal pública incondicionada
Punição da tentativa	Pune a tentativa	Não pune a tentativa.
Regras da extraterritorialidade	Admite extraterritorialidade da lei penal.	Não admite a extraterritorialidade da lei
Competência para processo e julgamento	Justiça Federal e Justiça Estadual	Justiça Estadual (salvo na hipótese de foro por prerrogativa de função federal ou nacional).
Limite de cumprimento da pena	30 anos	5 anos
Período de prova do sursis	2 a 4 anos ou 4 a 6 anos	1 a 3 anos
Cabimento da prisão preventiva e temporária	Cabe nas hipóteses do artigo 313 do CPP e artigo 1º, III, da Lei nº 7.960/89	Não cabe
Possibilidade de confisco	Só instrumentos do crime podem ser confiscados	Não se admite confisco de instrumento de contravenções

Diante desse quadro, o legislador, quando pensa em criar uma infração penal, deve decidir se vai etiquetar o comportamento ilícito como crime ou contravenção penal. Na sua decisão, deve (ou deveria) considerar as diferenças acima. A sua opção pode gerar a punição (ou não) da tentativa; pode impedir (ou não) pena de reclusão ou detenção; repercute no tipo de ação penal e na extraterritorialidade da nossa lei; repercute, de forma direta, na possibilidade (ou não) de prisão provisória e confisco.

Feito esse alerta, vamos, em seguida, analisar os sujeitos, objetos e substratos da infração penal. Por questões de metodologia, o tema será abordado considerando apenas o crime, mas fica o leitor ciente de que as conclusões, no que couber, devem ser estendidas às contravenções penais.

4. SUJEITOS (ATIVO E PASSIVO) DO CRIME

Sujeito ativo do crime é a pessoa que pratica a infração penal. Qualquer pessoa física capaz e com 18 (dezoito) anos completos pode ser sujeito ativo de crime.

✓ **Pessoa jurídica pode figurar como sujeito ativo de crime?**

A CF/88, no art. 225, § 3º, anuncia:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (grifos adotados).

Seguindo o mandato constitucional de criminalização, nasceu a Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Reza seu art. 3º, *caput*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Tais normas, conjugadas, geraram indisfarçável controvérsia, havendo três correntes abordando o tema:

1ª corrente: a pessoa jurídica não pode praticar crimes (*societas delinquere non potest*), nem ser responsabilizada penalmente. A empresa é uma ficção jurídica, um ente virtual, desprovido de consciência e vontade. A intenção do Constituinte não foi, jamais, criar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI esclarece:

“O texto do § 3º do art. 225, da CF apenas reafirma o que é de domínio público, ou seja, que as pessoas naturais estão sujeitas a sanções de natureza penal, e que as pessoas jurídicas estão sujeitas a sanções de natureza jurídica. O legislador constitucional, ao que tudo indica, em momento algum pretendeu, ao elaborar o texto da Lei Fundamental, quebrar a regra por ele próprio consagrada (art. 5º, XLV) de que a responsabilidade penal é, na sua essência, inerente só aos seres humanos, pois estes, como afirmamos antes, são os únicos dotados de consciência, vontade e capacidade de compreensão do fato e de ação (ou omissão) conforme ou desconforme ao direito”⁴.

Conclusão: a pessoa física pode ser responsabilizada administrativa, tributária, civil e penalmente; a pessoa jurídica, administrativa, tributária e civilmente (jamais penal, pois não pratica crime).

2ª corrente: apenas pessoa física pratica crime. Entretanto, nos crimes ambientais, havendo relação objetiva entre o autor do fato típico e ilícito e a empresa (infração cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade), admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim pensa FERNANDO GALVÃO:

“Para a responsabilidade da pessoa jurídica a teoria do delito apenas para identificar a autoria de crime naquele que atua em nome ou em benefício do ente moral. Sempre dependente da intervenção de pessoa física, que responde criminalmente de maneira subjetiva, a pessoa jurídica não apresenta elemento subjetivo ou consciência da

4. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.135.

ilicitude que viabilize comparação com as construções da teoria do delito. A responsabilidade da pessoa física é subjetiva, pois deve-se aplicar a teoria do delito com as suas exigências de natureza subjetiva. A responsabilidade da pessoa jurídica, no entanto decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime”⁵.

Conclusão: apesar de somente a pessoa física praticar crimes, ela e a jurídica serão responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente.

3ª corrente: a pessoa jurídica é um ente autônomo e distinto dos seus membros, dotado de vontade própria. Pode cometer crimes ambientais e sofrer pena. A CF/88 autorizou a responsabilidade penal do ente coletivo, objetiva ou não. Deve haver adaptação do juízo de culpabilidade para adequá-lo às características da pessoa jurídica criminosa. É certo que na pessoa jurídica jamais será identificada a potencial consciência da ilicitude, mas o fato de a teoria tradicional do delito não se amoldar à pessoa jurídica não significa negar sua responsabilização penal, demandando novos critérios normativos. Faz-se, no caso, um juízo de reprovação:

“No momento de aplicar a lei, o julgador pode encontrar uma conduta e chegar a um juízo de reprovação social e criminal. Ao analisar o caso prático, com suas provas e circunstâncias, sendo reprovável a conduta da empresa, poderá essa vir a ser condenada. Não se trata de responsabilidade penal objetiva e nem responsabilidade penal por fato de terceiro. Isso se dá pois a autoria do fato e a prova da materialidade não significam, necessariamente, uma condenação. É feito um juízo valorativo sobre a reprovação social da conduta”⁶.

Não se ignora, porém, que sua responsabilização está associada à atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa).

Conclusão: tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica praticam crimes (ambientais), podendo ambas ser responsabilizadas administrativa, tributária, civil e penalmente. A pessoa jurídica, no entanto, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme dispõe o art. 3º da Lei 9.605/98. Essa tem sido a corrente prevalente no STJ⁷. Note-se, todavia, que, nesse ponto, o STF já decidiu em sentido diverso, concluindo que a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da pessoa física. Argumentou-se que a obrigatoriedade de dupla imputação caracterizaria afronta ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal, pois condicionaria a punição da pessoa jurídica à condenação simultânea da pessoa física:

5. GALVÃO, Fernando. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2003, p. 70.
6. SILVA, Ivan Luís Marques da. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: 21 anos da previsão constitucional e 11 anos da previsão legal: um balanço necessário*. RT. vol. 8. p. 25/59. Out/2010.
7. RMS 37293, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, DJe 09/05/2013

“É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa.

(...)

No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabelecera por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos” (RE 548.181, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 19/06/2013).

A adoção de uma ou outra teoria tem relevância nas situações em que a pessoa física tenha atuado sob a incidência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Exigida a responsabilização conjunta, se a pessoa física praticou o fato típico, por exemplo, em estado de necessidade, ou se o praticou porque lhe era inexigível conduta diversa, a responsabilidade penal da pessoa jurídica desaparece. Cindida, no entanto, a responsabilidade, as excludentes podem beneficiar tão somente a pessoa física. Jean Pradel, em artigo no qual trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês, sobre esse assunto assevera:

“Há uma corrente doutrinária que entende que um ente jurídico poderá ser condenado mesmo que seu dirigente tenha sido declarado irresponsável e em apoio à sua tese ela cita dois exemplos. Veja-se, primeiro, o caso de uma estação de depuração de uma comuna que conduziu à poluição de um rio, porque as finanças municipais não permitiram a sua manutenção conveniente; o prefeito não pode ser condenado porque, para ele, esta situação se constituiria em caso de coação irresistível, em virtude da exiguidade das finanças municipais. Segundo exemplo: a absolvição de um diretor, acometido de graves problemas mentais, não impede a condenação da pessoa jurídica que não foi diligente ao ter conservado no posto diretivo um doente mental.

Há, evidentemente, o problema genérico da escolha entre o dolo/culpa da pessoa jurídica e dolo/culpa da pessoa física do dirigente. Nós o vemos sob um aspecto particular. Na verdade, a questão pode ser resolvida por ela mesma: a partir do momento em que uma pessoa jurídica somente é, em princípio, responsável se o

dirigente também o é, ela não o será se o diretor for beneficiado por uma excludente de ilicitude, se ele foi coagido, se é doente mental ou vítima de um erro invencível. Assim, por exemplo, se a decisão foi tomada coletivamente por um diretório onde todos os membros sofreram coação irresistível, nenhuma persecução será possível contra ninguém”⁸.

☒ ***E se, constatada a prática de um crime, a pessoa jurídica for dissolvida durante a apuração ou o processo criminal?***

Não vemos óbice à continuidade da apuração ou do processo, nem à aplicação da pena, desde que isso ocorra antes da liquidação. É que o art. 51 do Código Civil dispõe que “Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua”. Logo, até o momento em que se dê a liquidação, a pessoa jurídica deve responder por suas obrigações, embora nem todas as penas sejam compatíveis com a situação da pessoa jurídica em dissolução. O art. 21 da Lei nº 9.605/98 estabelece a possibilidade de aplicação das penas de multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade, mas somente a primeira é cabível nessa situação, pois as demais, dadas as suas características, pressupõem que a pessoa jurídica esteja no desempenho de suas atividades⁹.

☒ ***Pessoa jurídica de direito público pode ser responsabilizada penalmente por delito ambiental?***

Estabelecida a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de crime, outra controvérsia se instala quando o fato envolve pessoa jurídica de direito público autora de poluição.

A Lei nº 9.605/98, ao dispor sobre a punição da pessoa jurídica, estabelece que a responsabilização civil, administrativa e penal tem lugar em decorrência de atos ordenados pelo representante legal ou contratual no interesse ou benefício da entidade.

Inicialmente, destacamos haver uma diferença na relação existente entre a lei e as pessoas físicas e jurídicas de direito privado e entre a lei e o poder público. No primeiro caso, a lei transcende os indivíduos e os entes privados e representa a vontade do Estado na relação entre particulares. No segundo caso, a lei representa a própria vontade do Estado; não lhe é transcendente, mas inerente. Quanto o Estado atua, o que se dá por meio

8. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês ensaio de resposta a algumas questões chave*. RT. vol. 3. p. 637/653. Out/2010.
9. Não é diversa a solução adotada no direito francês, cujo Código Penal estabelece que a dissolução da pessoa jurídica impede ou paralisa a execução da sentença, mas é possível proceder para o pagamento das custas judiciais e da multa, bem como para a execução do confisco de bens (PRADEL, Jean. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês ensaio de resposta a algumas questões chave*. RT. vol. 3. p. 637/653. Out/2010).

dos órgãos da Administração Pública, o faz vinculado à sua própria vontade manifestada por intermédio da lei.

Mas qual é a vontade do Estado? Resumidamente, podemos afirmar que o Estado atua para garantir o bem comum por meio da manutenção da ordem e da criação de condições para que os indivíduos atinjam seus próprios fins de acordo com a ordem pré-estabelecida. Ou seja, o Estado não é um fim em si; atua sempre visando a um fim que lhe é superior.

Daqui retornamos à disposição da Lei nº 9.605/98 e indagamos: seria possível, dada a finalidade do Estado, um ente estatal agir no seu interesse ou benefício?

Há quem sustente que a omissão da Constituição e da Lei nº 9.605/98 em diferenciar, quanto à responsabilidade penal, as pessoas jurídicas de direito privado e de direito público não autoriza a conclusão de que ambas podem se submeter à pena criminal. Isto porque se trata de entes cuja natureza e propósitos não se confundem, e, por isso, não podem receber o mesmo tratamento, especialmente na esfera penal. Se o Estado não é um fim em si, mas atua com propósito que lhe transcende, não é possível que entidades públicas sejam equiparadas às privadas quando se trata de analisar suas finalidades.

Além disso, a punição criminal das pessoas jurídicas de direito público seria inadequada, pois em tais entidades, constituídas como meio para que o Estado atinja seus objetivos, seus dirigentes não atuam, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.605/98, “no interesse ou benefício” da entidade. Se assim o fizessem, haveria abuso de sua função e desvio de finalidade, acarretando a punição dos próprios dirigentes. Seria, ademais, absurdo admitir que o Estado pudesse de alguma forma se beneficiar da prática de um delito.

Para esta corrente, pesa também o fato de que não se poderia admitir o Estado na qualidade de delinquente, não só porque seus fins se pautam sempre pela legalidade como em virtude de ser o próprio Estado o titular do *ius puniendi*, ou seja, a condenação o forçaria a aplicar a pena em si mesmo. E nessa situação haveria um efeito inusitado: o Judiciário, que condenaria o Estado criminoso, consequentemente se inseriria na órbita da criminalidade.

E mais: a reprimenda constituiria um ônus contra a própria sociedade, pois, independentemente da que fosse aplicada, a responsabilidade recairia sobre o Estado.

São, por exemplo, defensores da tese de que a pessoa jurídica de direito público não pode sofrer punição criminal, GILBERTO e VLADIMIR PASSOS DE FREITAS¹⁰.

Em outro extremo se encontram aqueles que sustentam positivamente essa possibilidade porque as normas que disciplinam a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Constituição Federal e Lei nº 9.605/98) não excepcionam quanto às de direito público, devendo ambas receber tratamento isonômico. Afinal, se a lei não impõe barreiras, é defeso ao intérprete fazê-lo.

10. Crimes contra a natureza. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Ademais, se o Estado se lança em atividades por meio de pessoas jurídicas, nada impede que tais entidades venham a delinquir. Neste particular, aliás, pode-se afastar o argumento de que os dirigentes da entidade de direito público não agem em benefício ou interesse dela, pois muito comum a constituição de pessoas jurídicas pelo Estado com a finalidade de atuar na esfera econômica, disputando mercado com o setor privado.

Adotada esta segunda orientação, cabe-nos esclarecer que nem todas as penas elencadas nos arts. 21 a 23 da Lei nº 9.605/98 são aplicáveis à pessoa jurídica de direito público.

O art. 21 estabelece que as penas aplicáveis às pessoas jurídicas são: multa, restrição de direitos e prestação de serviços à comunidade. Nos termos do art. 22, as penas restritivas de direitos são: **a)** suspensão parcial ou total de atividades; **b)** interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; **c)** proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. E o art. 23 determina que a prestação de serviços à comunidade consiste em: **a)** custeio de programas e de projetos ambientais; **b)** execução de obras de recuperação de áreas degradadas; **c)** manutenção de espaços públicos; **d)** contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Diante desse quadro, pode-se estabelecer que, enquanto a multa é sempre aplicada¹¹, as penas restritivas de direitos não têm incidência indiscriminada, especialmente quando o crime é cometido no âmbito de pessoa jurídica vinculada à administração direta, como pelo próprio Município, por exemplo. Neste caso, não cabe considerar a imposição de suspensão de atividades, interdição de estabelecimento e notadamente proibição de contratar com o Poder Público. Já a pena de prestação de serviços à comunidade, a nosso ver, pode ser aplicada integralmente, pois nada impede que o ente público seja obrigado a adotar uma das medidas elencadas no art. 23 da Lei nº 9.605/98.

Note-se, finalmente, que recentemente foi aprovada a Lei nº 12.846/13 (em vigor a partir de fevereiro de 2014), que dispõe a respeito da responsabilização administrativa e civil (não criminal) de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Esta Lei define os atos lesivos à Administração, que caracterizam, especialmente, corrupção e ilicitude na seara de licitações e contratos (art. 5º). Bem assim, é prevista responsabilização administrativa, consistente em multa e publicação extraordinária da sentença condenatória (art. 6º). A Lei igualmente estabelece o procedimento para a responsabilização administrativa (arts. 8º a 15), prevê acordo de leniência (arts. 16 e 17) e destaca que a responsabilidade administrativa não afasta a possibilidade de punição na esfera judicial (art. 18), nem impede as sanções decorrentes de ato de improbidade e da Lei nº 8.666/93 (art. 30). Destaca-se, ademais, que a Lei nº 12.846/13 cria, no âmbito do Poder Executivo

11. Mesmo a possibilidade de aplicar a pena de multa é criticada por quem se manifesta contrariamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, pois, considerando que a multa é recolhida em favor do Estado, ter-se-ia a teratológica situação em que o Estado pagaria em seu próprio benefício, o que não passaria de realocação de orçamento.

federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22) e determina que os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas devem informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, os dados relativos às sanções administrativas, por eles aplicadas, que decorrerem dos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93. Por fim, estabelece o art. 25 que as infrações de que trata esta Lei prescrevem em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado.

O crime, quanto ao sujeito ativo, classifica-se em **comum**, quando o tipo penal não exige qualidade ou condição especial do agente (homicídio – art. 121 do CP); **próprio**, quando o tipo penal exige qualidade ou condição especial do agente (peculato – art. 312 do CP) e **de mão própria** quando além de exigir o tipo qualidade ou condição especial do agente, a execução do crime somente pode ser praticada por ele, caracterizando infração penal de conduta infungível (falso testemunho – art. 342 do CP)¹².

O **sujeito passivo** é a pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal. Pode figurar como sujeito passivo qualquer pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente indeterminado, destituído de personalidade jurídica (ex: coletividade, família, etc.), caso em que o crime é chamado pela doutrina de vago.

O sujeito passivo classifica-se em:

(A) sujeito passivo **constante (mediato, formal, geral ou genérico)**: será sempre o Estado, interessado na manutenção da paz pública e da ordem social.

As normas penais emanam do Estado, de modo que, sendo ele titular do mandato proibitivo, será sempre lesado pela conduta do sujeito ativo.

(B) sujeito passivo **eventual (imediato, material, particular ou acidental)**: é o titular do interesse penalmente protegido.

Embora seja o Estado o sujeito passivo formal, toda norma tem por finalidade a tutela de um interesse específico. É o titular desse interesse específico que se denomina sujeito passivo eventual. Poderá ser o homem (art. 121, CP; crime de homicídio), a pessoa jurídica (art. 171, § 2º, V, CP; crime de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro) e uma coletividade destituída de personalidade jurídica (crimes contra o respeito aos mortos). Nada impede que o Estado figure, ocasionalmente, como sujeito passivo, o que ocorre nos crimes contra a Administração Pública (hipótese em que o Estado será sujeito passivo formal e material simultaneamente).

A doutrina classifica o sujeito passivo eventual em **comum** ou **próprio**, a depender se o tipo exige ou não qualidade ou condição especial do ofendido. No crime de homicídio, por exemplo, a vítima pode ser qualquer pessoa (sujeito passivo comum), enquanto que no crime de infanticídio somente poderá ser vítima o nascente ou o neonato (sujeito

12. O assunto será tratado novamente – de forma detalhada – nos tópicos “concurso de agentes” e “classificação doutrinária dos crimes”. Adiantamos, no entanto, que, adotada a teoria do domínio final do fato, a distinção entre crime próprio e de mão própria fica enfraquecida, pois autor, de acordo com essa teoria, nem sempre se resume naquele que executa o verbo nuclear.

passivo próprio). No caso de sujeitos ativo e passivo comuns, classifica-se o crime como **bicumum**; quando próprios, denomina-se **crime bipróprio**.

São considerados **crimes de dupla subjetividade passiva** aqueles que têm obrigatoriamente pluralidade de vítimas, como no artigo 151 do Código Penal, que prevê como infração penal a violação de correspondência (serão sujeitos passivos, simultaneamente, o remetente e o destinatário).

O **morto**, não sendo titular de direitos, não é sujeito passivo de crime. Punem-se, entretanto, os delitos contra o respeito aos mortos (arts. 209 a 212 do CP), sendo vítima, nesses casos, a coletividade. De igual modo, é punível a calúnia contra o morto (art. 138, §2º, CP), figurando como sujeito passivo, sim a sua família.

Os **animais** não são vítimas de crime, embora possam aparecer como objeto material do delito, figurando como sujeito passivo o proprietário do animal (crime de dano, furto, etc.) ou a coletividade, no caso das infrações ambientais (art. 64 da LCA ou Lei de Crimes Ambientais).

☒ *Pode o homem ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo do crime?*

O homem não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e sujeito passivo de crime, mesmo porque, como informa o princípio da alteridade, ninguém poderá ser responsabilizado pela conduta que não excede a sua esfera individual. Por este motivo é que se pode afirmar que na autolesão haverá, eventualmente, o crime de fraude contra seguro (art. 171, § 2º, V, CP) e na autoacusação falsa a vítima é o Estado (art. 341, CP). De igual modo, a lei não pune a tentativa de suicídio e somente haverá crime no induzimento, instigação ou auxílio para a prática dele (art. 122, CP), figurando como sujeito ativo aquele que induz, instiga ou auxilia e não aquele que suicida ou tenta suicidar. Na rixa (art. 137, CP), os rixentos, embora pratiquem a ação criminosa e possam sofrer as consequências dela, são sujeitos ativos da conduta que realizam e vítimas dos demais participantes. Registre-se que, em sentido contrário, **ROGÉRIO GRECO** entende que o crime de rixa é uma exceção:

“Assim, na participação na rixa, os rixosos são, ao mesmo tempo, sujeitos ativo e passivos. Aquele que, com o seu comportamento, procura agredir o outro participante é considerado sujeito ativo do delito em questão; da mesma forma, aquele que não só agrediu, como também foi agredido durante sua participação na rixa, também é considerado sujeito passivo do crime”¹³.

5. OBJETOS (MATERIAL E JURÍDICO) DO CRIME MATERIAL

Objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa¹⁴.

13. Ob. cit., vol. 2, p. 395.

14. Em regra, o objeto material e sujeito passivo não se confundem. No crime de furto, por exemplo, é objeto material a coisa subtraída, enquanto que sujeito passivo é o proprietário da coisa. Há hipóteses, entretanto, em que objeto e sujeito passivo serão idênticos, como no crime de homicídio (“alguém” é a vítima e, também, a pessoa sobre a qual recai a ação do agente).

✓ ***É possível crime sem objeto material?***

FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS responde¹⁵: o objeto material situa-se dentro do tipo penal. Entretanto, nem todo o tipo penal tem objeto material. Há, efetivamente, certos delitos cuja conduta não recai sobre pessoa nem coisa, estando, por isso, destituídos de objeto material. Tal ocorre com os delitos de mera conduta (ex: reingresso de estrangeiro expulso – art. 338 do CP) e com todos os crimes omissivos puros (ex: omissão de socorro – art. 135 do CP). Os crimes formais podem ou não ter objeto material. Falso testemunho, por exemplo, não tem objeto material. No tocante aos crimes materiais, todos têm objeto material porque o resultado necessariamente deve produzir-se sobre uma pessoa ou coisa.

A ausência ou a impropriedade absoluta do objeto material faz surgir a figura do crime impossível ou quase-crime, previsto no artigo 17 do Código Penal, a ser estudado mais adiante.

Objeto jurídico do delito revela o interesse tutelado pela norma, o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Explica FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO:

“Bem representa tudo quanto satisfaça uma necessidade humana ou do agrupamento, despertando um interesse individual ou coletivo a ele endereçado. Quando esse bem interessa igualmente ao mundo do Direito, que o regulamenta e disciplina por meio de suas prescrições legais, recebe a denominação bem jurídico. Se esta disciplina legal é porém feita a título de proteção, preservação e garantia do bem e é procedida dentro do ordenamento jurídico pelo Direito Penal, surge a figura do bem jurídico penalmente tutelado”¹⁶.

Há duas teorias básicas que conceituam os bens jurídicos: a monista, dividida em personalista ou coletiva, e a dualista.

A **teoria monista personalista**, como indica a denominação, estabelece a tutela penal prestigiando a pessoa, razão pela qual são os bens jurídicos individuais que, prioritariamente, compõem o sistema de proteção penal. Os bens jurídicos coletivos, nesta perspectiva, seriam tutelados indiretamente, de forma mediata, apenas na medida do necessário para a manutenção dos individuais.

Já a **teoria monista coletiva** se estrutura de forma a garantir a tutela penal de bens jurídicos em perspectiva coletivista; nesta ótica, os bens supraindividuais teriam função mais importante do que os individuais, sobrepondo-se a estes.

A **teoria dualista**, noutra vertente, admite a divisão dos bens jurídicos em individuais e coletivos. Neste caso, ao contrário da teoria monista, não há relação de dependência

15. Ob. cit. p. 120.

16. Ob. cit. p. 81

ou de sobreposição entre bens pessoais e transindividuais; a tutela é autônoma e incide conforme a necessidade inerente a cada esfera de proteção.

Os bens jurídicos individuais são aqueles cuja proteção recai na vida, no patrimônio e na liberdade pessoal. Dentre estes bens, há os personalíssimos, como a honra. Os coletivos, por outro lado, representam interesses mais amplos e gerais, como o patrimônio material e imaterial da Administração Pública e a fé pública que envolve a emissão de moeda.

Há, ainda, os bens jurídicos intermediários, tutelados pela norma penal para resguardar o bem jurídico final. É o caso, por exemplo, do crime de gestão fraudulenta, em que se pune a ilícita administração de instituição financeira para preservar, em última análise, os ativos geridos pertencentes a terceiros.

A par dessa discussão, deve ser lembrada a existência de crimes pluriofensivos, isto é, tipos penais que protegem mais de um interesse jurídico. O crime de roubo, por exemplo, protege não apenas o patrimônio, mas a incolumidade pessoal de quem é constrangida na subtração de coisa alheia móvel.

Se, de um lado, é possível que uma norma proteja mais de um bem jurídico, **não é possível** haver crime **sem** objeto jurídico. Isto porque a criminalização de comportamentos é norteada pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (vide tópico sobre princípios gerais do direito penal, *supra*). Pode-se dizer, deste modo, que crime sem objeto jurídico não é crime. Se houver algum tipo penal sem objeto jurídico deverá ser expurgado do Código Penal.

Em resumo, vamos trabalhar os conceitos acima (sujeitos ativo e passivo, objetos material e jurídico) com base em quatro infrações penais: homicídio (art. 121 do CP), furto (art. 155 do CP), peculato (art. 312 do CP) e falso testemunho (art. 342 do CP):

	Homicídio	Furto	Peculato	Falso Testemunho
Sujeito ativo	Pessoa física capaz e com 18 anos completos que mata alguém	Pessoa física capaz e com 18 anos completos que subtrai coisa alheia móvel	Funcionário público (crime próprio)	Só testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete (crime de mão própria)
Sujeito passivo constante	Estado	Estado	Estado	Estado
Sujeito passivo eventual	Pessoa morta	Pessoa (física ou jurídica) desfalçada no seu patrimônio	Estado e eventual particular lesado pela ação do agente	Estado e eventual particular lesado pela ação do agente

	Homicídio	Furto	Estupro	Outros crimes
Objeto material	Pessoa morta (cadáver)	Coisa subtraída	dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel	Não tem
Objeto jurídico	Vida	Patrimônio	Em especial, a regularidade das atividades e a moralidade da Administração Pública.	O prestígio da Administração da Justiça

6. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DE CRIMES

A classificação de crimes pode ser legal ou doutrinária.

A classificação legal diz respeito ao *nomen iuris*, ou seja, à denominação que a própria lei confere à figura criminosa, etiquetando os tipos penais. Ex.: homicídio, furto, estupro, peculato. São todas denominações que a lei se encarrega de estabelecer.

Já a classificação doutrinária é aquela atribuída pelos estudiosos tendo em consideração as características das infrações penais. Ao contrário do *nomen iuris*, que recai sobre infração específica, determinada rotulação doutrinária abarca diversas infrações. Assim, diz-se, por exemplo, que um crime é material porque o tipo penal descreve o resultado naturalístico e exige a sua ocorrência para caracterizar a consumação. Trata-se de uma característica inerente, dentre vários outros, ao homicídio, ao furto e estupro.

Veremos, a seguir, a classificação doutrinária de crimes em seu elenco mais relevante.

6.1. Crime material, formal e de mera conduta

É crime material aquele que descreve o resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) e exige a sua ocorrência para a consumação. A conduta e o resultado são cronologicamente separados. É o que ocorre, por exemplo, com o homicídio.

No crime formal (ou de consumação antecipada), o resultado naturalístico é previsto, mas é dispensável, pois a consumação ocorre com a conduta. O resultado jurídico consumidor do delito ocorre em concomitância com o comportamento do agente. Como exemplos, podemos citar os crimes de ameaça e de extorsão.

O crime de mera conduta, por sua vez, é aquele que apenas descreve a conduta delituosa, sem mencionar qualquer resultado naturalístico, que, obviamente, é dispensável. Pune-se o agente pela simples atividade, como, por exemplo, no porte ilegal de arma e na violação de domicílio.

Note-se que, embora parte da doutrina ensine haver dificuldade em se apurar a diferença entre o crime formal e o de mera conduta, entendemos improvável a confusão:

no primeiro, como já dito, o resultado naturalístico é previsto, mas a lei se contenta com a prática da conduta, sem alteração do mundo exterior (daí falar-se em *consumação antecipada*); no segundo, a lei sequer menciona a existência do resultado naturalístico e se contenta, de igual forma, com a prática da conduta.

Por fim, ressalte-se ser incorreta a afirmação de que nos crimes formal e de mera conduta não há resultado. O que se pode sustentar é a inexistência de resultado naturalístico; a ocorrência de resultado jurídico é inerente a todo delito, pois, do contrário, estar-se-ia ignorando o princípio da lesividade, um dos norteadores do direito penal.

6.2. Crime comum, próprio e de mão própria

Crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, isto é, em que a lei não exige qualidade especial do sujeito ativo. Ex.: homicídio, furto, latrocínio.

No crime próprio, o tipo penal exige que o agente ostente certas características. Como exemplos, temos os crimes funcionais, como peculato e corrupção passiva, que só podem ser praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções; o infanticídio, que somente a mãe pode praticar etc.

Crime de mão própria é aquele que somente pode ser cometido por determinado agente designado no tipo penal. Exige-se a atuação pessoal do sujeito ativo, que não pode ser substituído por mais ninguém, a exemplo do que ocorre no falso testemunho ou falsa perícia (Código Penal, artigo 342). Estes crimes admitem apenas a participação, refutando a coautoria porque, se apenas o agente referido no tipo penal pode cometê-los, torna-se possível, no âmbito do concurso de agentes, apenas que alguém instigue, induza ou auxilie outrem a fazê-lo, não que o faça em conjunto¹⁷.

6.3. Crime doloso, culposo e preterdoloso

O crime será doloso sempre que o agente quiser o resultado (dolo direto) ou assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Será culposo, por sua vez, o crime cujo resultado não for querido ou aceito pelo agente, mas que, previsível, seja proveniente de inobservância dos deveres de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia).

Diz-se preterdoloso o crime praticado com dolo em relação ao fato antecedente e culpa no que tange ao resultado agravante, como ocorre na lesão corporal seguida de morte, em que a intenção inicial do agente era a de tão somente atingir a integridade física da vítima, mas, por inobservância das cautelas necessárias, termina por causar a morte.

17. O assunto será tratado novamente – de forma detalhada – nos tópicos “concurso de agentes” e “classificação doutrinária dos crimes”. Adiantamos, no entanto, que, adotada a teoria do domínio final do fato, a distinção entre crime próprio e de mão própria fica enfraquecida, pois autor, de acordo com essa teoria, nem sempre se resume naquele que executa o verbo nuclear.

6.4. Crime instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes

Crime instantâneo é aquele que se consuma em momento determinado (consumação imediata), sem qualquer prolongação. Não significa que ocorre rapidamente, mas que, uma vez reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente. O conceito de crime instantâneo não se confunde com a obtenção do proveito pelo sujeito ativo. O fato, por exemplo, de o agente roubar um veículo e com ele permanecer não torna o crime permanente, já que a consumação ocorreu no momento em que, empregada a violência, a grave ameaça ou outro meio capaz de reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, deu-se a subtração.

Crime permanente é aquele em que a execução se protraí no tempo por determinação do sujeito ativo. É a modalidade de crime em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente. Como exemplo, temos a extorsão mediante sequestro. A relevância prática de se constatar a permanência é estabelecer o início da contagem do prazo prescricional, que só ocorre após a cessação da ofensa ao bem jurídico (artigo 111, inciso III, do Código Penal), além da possibilidade, em qualquer momento, da prisão em flagrante.

Nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, a consumação também ocorre em momento determinado, mas os efeitos dela decorrentes são indelévels, como no homicídio consumado, por exemplo.

6.5. Crime consumado e tentado

Considera-se consumado o crime em que se reúnam todos os seus requisitos de ordem legal (artigo 14, inciso I, do Código Penal). Não se confunde com o crime exaurido, em que ocorrem acontecimentos subsequentes à consumação, que, por isso mesmo, nela não influenciam, não obstante devam ser considerados na aplicação da pena. Na extorsão, por exemplo, a consumação se dá no momento em que o agente emprega os meios para constranger a vítima com o intuito de obter indevida vantagem econômica, dispensando-se o efetivo proveito. Todavia, uma vez alcançada a finalidade, diz-se exaurido o crime, sendo que o juiz deverá considerar essa circunstância no momento da aplicação da pena, em razão da maior reprovabilidade da conduta.

Há, no entanto, hipótese em que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o resultado não ocorre, caracterizando o crime tentado (artigo 14, inciso II, do Código Penal).

6.6. Crime de dano e de perigo

Ocorre o crime de dano quando há efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. A inocorrência dessa lesão pode ocasionar a tentativa ou configurar um indiferente penal. Como exemplos, podemos citar o homicídio, o furto, o dano etc.

Já o crime de perigo dispensa a efetiva lesão, configurando-se com a simples exposição do bem jurídico a perigo, que poderá ser:

(A) concreto: nessa modalidade, exige-se efetiva comprovação de risco para o bem jurídico. Divide-se em individual (a conduta do agente expõe a perigo uma só ou um número determinado de pessoas, como ocorre na exposição da vida ou saúde de outrem a perigo, art. 132 do CP) ou comum (a conduta delituosa expõe a perigo número indeterminado de pessoas, como ocorre, por exemplo, no crime de explosão, art. 251 do CP);

(B) abstrato ou presumido ou de simples desobediência: a própria lei presume perigosa a ação, dispensando-se a comprovação de que houve efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Há doutrinadores contestando a constitucionalidade desta modalidade de crime, que representaria ofensa ao princípio da lesividade porque a infração se perfaz mesmo sem que nenhuma afronta ao bem jurídico seja constatada;

6.7. Crime simples, complexo, qualificado e privilegiado

(A) simples: é o crime basilar, formado objetivamente por apenas um tipo penal e subjetivamente sem nenhuma circunstância que aumente ou diminua sua gravidade;

(B) complexo: é o crime formado por meio da reunião entre dois ou mais tipos penais. Como exemplos, podemos citar o crime de roubo (furto + constrangimento ilegal) e extorsão mediante sequestro (extorsão + sequestro).

A doutrina utiliza, também, a denominação *crime complexo em sentido amplo* para definir o delito acrescido de circunstâncias ou elementos que, por si sós, não constituem crime. No caso da denunciação caluniosa, por exemplo, o delito é formado pela calúnia e pela comunicação à autoridade a ocorrência de infração penal, ato este isoladamente não criminoso. Do mesmo modo, o estupro, formado pelo constrangimento violento e pelo ato de libidinagem, por si só, atípico quando praticado contra pessoa não vulnerável.

☒ O que se entende por crime ultra complexo?

Ocorre quando um crime complexo é acrescido de outro, este servindo como qualificadora ou majorante daquele. Imaginemos um roubo (crime complexo) praticado com emprego de arma de fogo. Temos, na hipótese, uma unidade jurídica ultra complexa formada pela reunião do crime de roubo (nascido da fusão do constrangimento ilegal + furto) e o crime de porte ilegal de arma de fogo. Em outras palavras, percebemos um crime complexo (roubo) acrescido de outro (porte ilegal de arma de fogo), que serve como causa de aumento de pena do crime patrimonial. Praticados no mesmo contexto fático, com o fim de evitar *bis in idem*, o assaltante, no caso, deve responder apenas pelo roubo majorado (art. 157, § 2º, inc. I, do CP). Assim vem decidindo o STJ:

“A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção” (STJ HC 178.561/DF).

(C) qualificado: é o crime que deriva do tipo penal básico ou do complexo, com a mesma natureza, cuja reprimenda sofre um agravamento, em novos patamares mínimo e

máximo, em virtude da maior gravidade da concúta. Ocorre, por exemplo, com o delito de furto, que pode ser simples ou qualificado por uma das circunstâncias do § 4º do artigo 155; de extorsão mediante sequestro, que pode ser simples ou qualificada pela morte (§ 3º do artigo 159);

(D) privilegiado: é aquele em que a lei considera determinadas circunstâncias que diminuem a gravidade da ação e, consequentemente, a reprimenda imposta. Há, por exemplo, o furto privilegiado pela primariedade do agente e pelo pequeno valor da coisa; o homicídio privilegiado quando praticado por motivo de relevante valor social etc.

6.8. Crime plurissubjetivo e unissubjetivo

O crime será plurissubjetivo na hipótese em que o concurso de agentes seja imprescindível para sua configuração (crime de concurso necessário). As condutas perpetradas podem ser: **a)** paralelas: quando todos pretendem alcançar um fim único, como ocorre na associação criminosa; **b)** divergentes: quando os agentes dirigem suas ações uns contra os outros, como acontece na rixa; **c)** bilaterais: quando o tipo pressupõe a atuação de dois agentes cujas condutas são propensas a se encontrar, a exemplo do que ocorre na bigamia.

O crime unissubjetivo é aquele que pode ser praticado por apenas uma ou várias pessoas (concurso eventual de agentes).

6.9. Crime comissivo e omissivo¹⁸

O crime comissivo nada mais é do que a realização (ação) de uma conduta desvaliosa proibida pelo tipo penal incriminador. Viola um tipo proibitivo.

Exemplos: matar alguém (art. 121 do CP), subtrair coisa, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), falsificar, no todo ou em parte, ou alterar, documento público (art. 297 do CP) etc.

Nos crimes omissivos ocorre o inverso dos comissivos, isto é, bens jurídicos podem ser tutelados com a proibição de abstenção de condutas valiosas.

O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental.

Exemplos: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (art. 135 do CP), deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP).

A norma mandamental (que determina a ação valiosa) pode decorrer **do próprio tipo penal**, quando o tipo descreve a omissão (exemplo: *deixar de prestar assistência* – omissão

18. Esta classificação foi detalhada no estudo da conduta penal.

de socorro) ou **de cláusula geral**, quando o dever de agir está descrito em norma geral, e não no tipo (art. 13, § 2º do CP). É dentro dessa perspectiva que a doutrina divide os crimes omissivos em **próprios e impróprios (comissivos por omissão)**.

Parte da doutrina ainda se refere aos crimes omissivos por comissão, nos quais alguém estava obrigado a agir, mas é impedido por terceiro. Assim, por exemplo, o filho que, interessado no recebimento da herança, impede que o médico salve a vida de seu pai: o médico se omitiu por ação do filho. Nestes crimes, há nexos causal entre a conduta e o resultado, admitindo-se a tentativa. Note-se, todavia, haver quem sustente se tratar, na verdade, de crimes propriamente comissivos, pois a causa efetiva do resultado é a conduta do agente, não a omissão de quem foi impedido de atuar.

Fala-se, ainda, no *crime de conduta mista*, consistente numa ação (conduta comissiva) seguida de omissão (conduta omissiva). É o que ocorre, por exemplo, na apropriação de coisa achada (artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal), que se inicia com o apossamento, mas que somente se configura a partir do momento em que, decorrido o prazo, o agente se omite em restituir a coisa a seu dono, a seu legítimo possuidor ou em entregá-la à autoridade competente.

6.10. Crime unissubsistente e plurissubsistente

Crime unissubsistente é aquele em que não se admite o fracionamento da conduta, isto é, perfaz-se com apenas um ato. Por isso, não admite a tentativa. Como exemplo, temos os crimes contra a honra cometidos verbalmente.

No crime plurissubsistente, por sua vez, a conduta é fracionada em diversos atos que, somados, provocam a consumação. Por esse motivo, é admissível a tentativa, como, por exemplo, no homicídio, no roubo, no estelionato etc.

6.11. Crime habitual

Crime habitual é aquele que se configura mediante a reiteração de atos. Somente irá ocorrer se houver repetição da conduta que revele ser aquela atividade um procedimento costumeiro por parte do agente. Como exemplo, temos o delito previsto no artigo 229 do Código Penal, que pune a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Se a lei exige que o sujeito *mantenha* o estabelecimento, o crime não pode se configurar com apenas um ato, já que a manutenção exige certa regularidade. Por isso, não admite a tentativa.

6.12. Outras classificações

A doutrina traz inúmeras outras classificações de crime, que apontaremos resumidamente a seguir:

1) crime exaurido: são os atos posteriores à consumação. É o que ocorre quando há o recebimento do resgate na extorsão mediante sequestro, em que o crime se consumou com a restrição da liberdade da vítima, denominando-se *mero exaurimento* a efetiva obtenção da vantagem.

2) crime profissional: é aquele praticado por quem se utiliza da profissão que exerce para alcançar finalidade ilícita.

3) crime progressivo (ou de passagem): é aquele em que, para alcançar seu intento, deve o agente obrigatoriamente violar norma de caráter menos grave. No furto a residência, por exemplo, antes se pratica a violação de domicílio. No homicídio, necessariamente ocorre a lesão corporal. Todavia, o autor só responderá pelo delito visado, absorvendo-se os demais. Não se confunde com a progressão criminosa, em que ocorrem diversas condutas: inicialmente o agente pretendia um resultado e, após atingi-lo, decide praticar outro fato mais grave. Exemplo: alguém, com a intenção de ferir a vítima, nela provoca lesões corporais, mas, em seguida, não satisfeito com o resultado, decide lhe ceifar a vida. Responderá apenas pelo crime subsequente, em razão da absorção.

4) crime subsidiário: é aquele que somente se configura se a conduta do agente não constituir crime mais grave. Se, por exemplo, na apuração de um roubo, constatar-se não ter havido violência, grave ameaça ou o emprego de outro meio que tornasse impossível a resistência da vítima, mas apenas uma subtração sorrateira, haverá, em caráter subsidiário, o crime de furto.

5) crime de ação única e de ação múltipla: será de ação única o crime em que o tipo penal prevê apenas uma conduta nuclear possível. Assim é o furto, em que só há a conduta de *subtrair*. Crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado) é aquele em que diversas são as condutas possíveis, como no tráfico de drogas, sendo que, neste caso, se o agente praticar mais de uma, no mesmo contexto fático, responderá por crime único.

6) crime principal e crime acessório: principal é o crime que independe da existência de outro, como o roubo; acessório (ou parasitário) é aquele que pressupõe a ocorrência de outro delito em momento anterior, como a receptação, que necessariamente deve ser precedida por outro crime.

7) crime a prazo: é aquele que exige o decurso de um prazo para que se configure. É o que ocorre na já mencionada apropriação de coisa achada (artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal), que se consuma se o agente que acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixa de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

8) crime vago: é aquele em que o sujeito passivo é indeterminado, representado por uma coletividade.

9) crime falho: sinônimo de tentativa perfeita ou acabada, ocorre quando o agente utilizou todos os meios possíveis à sua disposição, mas não conseguiu consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Crime falho não é sinônimo de crime impossível (ou tentativa inidônea, crime oco ou quase-crime).

10) quase-crime: trata-se do crime impossível e da participação impunível, situações em que, na realidade, crime não há.

11) crime putativo (imaginário ou erroneamente suposto): é aquele existente apenas na intenção do agente, que acredita estar cometendo um crime enquanto pratica um

indiferente penal. O crime putativo pode ser: **a)** por erro de tipo; **b)** por erro de proibição (delito de alucinação); **c)** por obra do agente provocador.

12) crime funcional: é o praticado por funcionário público, de acordo com a definição do artigo 327 do Código Penal. Pode ser próprio ou impróprio. No primeiro, se afastada a qualidade de funcionário público, o fato se torna atípico (ex.: prevaricação). No segundo, a falta dessa qualidade poderá configurar outro delito (ex.: peculato-furto).

13) crime de circulação: é o praticado por meio de automóvel.

14) crime militar: é o disposto no Código Penal Militar. Pode ser próprio (definido apenas neste Código) ou impróprio (definido também no restante da legislação penal).

15) crime de atentado: é aquele a que a lei atribui punição idêntica tanto para a tentativa quanto para a consumação (artigo 352 do Código Penal).

16) crime de opinião ou de palavra: é aquele praticado por meio de abuso da liberdade de expressão (injúria, calúnia, difamação, apologia de crime ou criminoso).

17) crime de expressão: não se confunde com o crime de opinião. O crime de expressão se caracteriza por ser cometido por meio de atividade intelectual do autor, que processa a informação que recebe e se expressa inveridicamente. É o caso do falso testemunho, em que a falsidade não se extrai da comparação do depoimento da testemunha com a realidade dos fatos (teoria objetiva), mas sim do contraste entre o depoimento e a ciência da testemunha (teoria subjetiva).

18) crime a distância (ou de espaço máximo): o crime percorre territórios de dois Estados soberanos (Brasil e Argentina, por exemplo), com a conduta em um lugar e o resultado em outro. Gera conflito internacional de jurisdição (qual país aplicará sua lei penal?). O nosso Código Penal adotou, quanto ao lugar do crime (*locus commissi delicti*) a teoria da ubiquidade, híbrida ou mista (art. 6º). Logo, sempre que por força do critério da ubiquidade o fato se deva considerar praticado tanto no território brasileiro como no estrangeiro, será aplicável a lei brasileira.

19) crime em trânsito: o crime percorre territórios de mais de dois países soberanos, sem, contudo, atingir bens jurídicos em um ou alguns desses países. Ex.: um objeto é furtado na Argentina e, para ser receptado nos Estados Unidos, passa pelo Brasil. Também gera conflito internacional de jurisdição, resolvido, no Brasil, pela teoria da ubiquidade.

20) crime plurilocal: o crime percorre dois ou mais territórios do mesmo país (comarcas de São Paulo, São Bernardo do Campo e Guarulhos). Gera conflito interno de competência (qual comarca aplicará a lei brasileira?). O Código de Processo Penal adotou, em regra, a teoria do resultado, sendo competente a comarca onde se deu a consumação (art. 70).

21) crime mono-ofensivo e crime pluri-ofensivo: mono-ofensivo é o delito que atinge apenas um bem jurídico, ao passo que pluri-ofensivo é aquele cuja constituição acarreta a afronta a mais de um bem juridicamente tutelado. Esta definição guarda relação direta com a que divide os tipos penais entre os simples e os complexos. Em regra, os crimes simples serão mono-ofensivos, como o furto, em que apenas o patrimônio é violado. Já

os crimes complexos serão normalmente pluriofensivos, como o roubo, em que se atinge tanto o patrimônio quanto a liberdade individual.

22) crime de execução livre e crime de execução vinculada: crime de execução livre é aquele que admite variadas formas para a prática da conduta típica, como o homicídio, cometido por golpes de faca, disparo de arma de fogo, envenenamento, esganadura etc. O crime de forma vinculada, ao contrário, é restritivo na forma sob a qual a conduta pode ser empreendida, como ocorre na redução análoga a de escravo, cometida apenas por meio dos atos elencados no tipo incriminador (art. 149 do CP).

23) crime gratuito: é aquele cometido sem motivo conhecido. Não há de ser confundido com o motivo fútil, presente quando o móvel apresenta real desproporção entre o delito e sua causa moral.

24) crime multitudinário: é o delito cometido por multidão no contexto de um tumulto. O conceito de multidão não é estabelecido pela lei, impondo-se a análise do caso concreto para a sua configuração.

25) crime independente: é o delito que não assume ligação com outras infrações penais.

26) crime de conexão teleológica: é praticado para assegurar a execução de outro crime, futuro.

27) crime de conexão consequencial: é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, passado.

28) crime de conexão ocasional: não há, na realidade, conexão entre os crimes, pois um não é cometido para assegurar a execução ou para garantir a ocultação de outro. Há, tão somente, uma proximidade física entre várias infrações penais, que não se relacionam entre si. Ex.: o agente mata alguém e, em seguida, aproveita a oportunidade para subtrair bens a este pertencentes.

29) crime de tendência: determinadas ações podem ser consideradas criminosas ou lícitas a depender da intenção do agente ao praticá-las. Os crimes de tendência refletem essa situação, em que a conduta será típica se a inclinação interna do agente se revelar no sentido da prática criminosas. Uma palavra lançada contra alguém, por exemplo, pode caracterizar o crime de injúria ou o simples exercício do direito de crítica, a depender da intenção do emissor.

30) crime de resultado cortado: espécie de crime de intenção, o resultado (dispensável para a consumação), não depende do agente, não está na sua esfera de decisão. Ex.: na extorsão mediante sequestro, a obtenção da vantagem – pagamento do resgate –, dispensável para a consumação do crime, não depende do agente, mas de terceiros ligados à vítima.

31) crime mutilado de dois atos: também espécie de crime de intenção, o crime mutilado de dois atos se verifica quando o resultado dispensável depende de novo comportamento do agente, está em sua esfera de decisão. Ex.: no crime de petrechos para falsificação de moeda, a efetiva falsificação das moedas e sua colocação em circulação, ambos resultados dispensáveis para a consumação, dependem de nova decisão do agente.

32) crime de tendência interna transcendente (ou crime de intenção): o sujeito ativo quer um resultado dispensável para a consumação do delito. O tipo subjetivo é composto pelo dolo e por elemento subjetivo especial (finalidade transcendente). Ex.: na extorsão mediante sequestro – art. 159 do Código Penal – a obtenção da vantagem (resgate) é dispensável para a consumação (que se contenta com a privação da liberdade da vítima); no delito de petrechos para falsificação de moeda – art. 291 do Código Penal – a efetiva falsificação das moedas e sua colocação em circulação são dispensáveis para a consumação do crime (que se contenta com a fabricação, aquisição, fornecimento, posse ou guarda de maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda).

33) crime consunto e crime consuntivo: como indica a denominação, este aspecto da classificação se aplica nos casos de incidência do princípio da consunção (absorção). Nessa esteira, crime consunto é o absorvido; consuntivo, o que absorve. Ex.: quando a potencialidade lesiva do falso se exaure no estelionato, o crime patrimonial será consuntivo em relação ao crime contra a fé pública, consunto.

34) crime de fato permanente e de fato transeunte: delito de fato permanente (ou não transeunte) é o que deixa vestígios materiais que devem ser constatados mediante perícia. Ex.: falsificação de documento. Delito de fato transeunte, ao contrário, não permite constatação mediante análise de vestígios, pois não os exhibe. Ex.: injúria cometida por meio de palavras.

35) crime condicionado e crime incondicionado: crime condicionado é aquele a que a lei impõe certas condições de procedibilidade para que a punição seja perseguida. É o caso, por exemplo, da necessidade de que o agente entre no território nacional para que seja punido por crime cometido fora do Brasil na situação de extraterritorialidade condicionada; também o caso da exigência de representação do ofendido na ameaça. Já o crime incondicionado independe de circunstância externa como condição de procedibilidade, como o homicídio.

36) crime de ímpeto: é aquele que resulta de uma reação emocional, sem premeditação, como no homicídio cometido sob o domínio da violenta emoção.

37) crime de acumulação: o legislador, ao criar determinados tipos penais, busca proteger interesses supraindividuais. É o que acontece, por exemplo, nos crimes contra o meio ambiente. Nesses casos, não se compreende como pode uma conduta isolada causar relevante dano ou perigo de dano ao bem jurídico. No entanto, essa lesão ou perigo de lesão passa a ser compreendido quando se leva em conta não apenas a conduta de um agente, mas o acúmulo de condutas e resultados semelhantes. Uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não viola de forma expressiva o bem jurídico (meio ambiente), mas se considerarmos, hipoteticamente, a soma de várias condutas análogas, percebe-se o dano que o bem jurídico sofreria. Essa ficção, portanto, sustenta a punição da conduta isolada, mesmo sem lesividade aparente (mas projetada)¹⁹, impedindo, inclusive, a tese do princípio da insignificância.

19. Percebam que a lesão relevante ao bem jurídico somente ocorreria com a soma de várias condutas imaginadas, supostas, hipoteticamente consideradas. Isso significa, para muitos, que a punição do agente, no caso, ignora o princípio da lesividade, não existindo prova concreta de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

38) crime de mera suspeita: nessa situação, o agente não pratica conduta de relevância penal, mas é punido porque o modo como atua faz com que se suspeite que possa vir a delinquir. É o caso do art. 25 do Decreto-lei nº 3.688/41, que pune a conduta de “Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima”. A contravenção tem como norte a suposição de que determinado sujeito possa cometer a infração penal. O STF, em recurso extraordinário, julgou inconstitucional esta contravenção (RE 583.523), violadora, dentre outros, do princípio da exteriorização ou materialização do fato

39) crime de ação violenta: é aquele cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, como o roubo e estupro.

40) crime de ação astuciosa: é o delito cometido por meio de fraude, dissimulação, como o estelionato.

41) crime obstáculo: é o delito que revela a tipificação de atos preparatórios, que, normalmente, não são punidos. É o caso da associação criminosa (art. 288 do Código Penal).

42) crime de catálogo: é o crime passível de apuração por meio de interceptação telefônica, observados os requisitos da Lei nº 9.296/96.

43) crime de impressão: é o delito que desperta na vítima determinado estado anímico. Pode ser dividido em: **a)** crime de sentimento: recai nas faculdades emocionais, como a injúria; **b)** crime de inteligência: recai nas faculdades cognitivas da vítima, enganando-a, como o estelionato; **c)** crime de vontade: recai na autodeterminação, como o constrangimento ilegal.

44) crime parcelar: é o crime que integra uma cadeia de crimes cometidos em continuidade delitiva.

45) crime inominado: neste caso, a conduta recai sobre bens jurídicos consagrados pelo direito, mas sem tipificação penal específica. Não é admitido pelo nosso sistema penal, norteado pelo princípio da reserva legal, impondo que condutas criminosas sejam legalmente estabelecidas.

46) crime de hermenêutica: é o delito que existe unicamente em virtude da interpretação do operador da lei, sem que haja indícios ou provas da ocorrência de um fato tipificado. Também não é admitido, violando, dentre outros, o princípio da presunção de inocência (ou não culpa).

47) crime remetido: é aquele que em sua definição típica se reporta a outro crime, como o art. 304 do Código Penal.

48) crime anão (ou crime liliputiano): é a denominação reservada às contravenções penais. Não se trata, pois, de crime, conforme define o art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/41: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

49) crime de rua (ou do colarinho azul): é crime cometido normalmente por pessoas economicamente menos favorecidas, como o furto e o roubo. São denominados *crimes do colarinho azul* em alusão ao uniforme que era utilizado por operários norte-americanos no início do século XX, então chamados *blue-collars*.

50) crime do colarinho branco: é o delito cometido na esfera econômica, movimentando normalmente grande volume de recursos. É o caso dos crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.

51) crime cibernético: é aquele cometido por meio da rede mundial de computadores ou mesmo por meio de uma rede pública ou privada de computadores.

52) crime de greve: é o delito cometido durante a paralisação dos empregados.

53) crime de *lockout*: é o delito cometido no decorrer da paralisação do empregador.

54) crime internacional: é aquele a que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, independentemente da nacionalidade dos envolvidos ou local em que foi praticado.

55) crime político: é aquele que vulnera a segurança interna ou externa do Estado. É o caso dos crimes contra a segurança nacional (Lei nº 7.170/83).

56) crime de responsabilidade: será próprio ou impróprio. O crime de responsabilidade próprio é uma infração penal comum cometida por determinados agentes, julgada pelo Poder Judiciário, ao passo que o impróprio revela uma infração político-administrativa, cuja apreciação e punição política (*impeachment*) são atribuídas ao Poder Legislativo.

57) crime de menor potencial ofensivo: é aquele com pena máxima não superior a dois anos, conforme definição do art. 61 da Lei nº 9.099/95, investigado por meio de termo circunstanciado (não inquérito policial), admitindo as medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo.

58) crime de médio potencial ofensivo: é aquele em que, apesar de a pena máxima suplantar 2 anos, a pena mínima é igual ou inferior a 1 ano, admitindo a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

59) crime de maior potencial ofensivo: é aquele incompatível com medidas despenalizadoras (transação penal e suspensão condicional do processo).

60) crime hediondo: é o delito constante do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Atualmente, são os seguintes: **a)** homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI e VII); **b)** lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; **c)** latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); **d)** extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); **e)** extorsão

mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); **f**) estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); **g**) estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); **h**) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); **i**) falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B); **j**) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º) e o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 2889/56).

61) crime equiparado a hediondo: é o delito não constante do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/90, mas que, por imposição constitucional, sofre os mesmos consectários. São equiparados a hediondo o tráfico de drogas, o terrorismo e a tortura.

62) crime falimentar: é o delito definido na Lei nº 11.101/05, praticado na administração de sociedades comerciais ou da massa falida. Se for praticado pelo falido, será próprio; se por outra pessoa, como o administrador judicial, será impróprio.

63) crime organizado: é o cometido por meio de organização criminoso, definida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13 como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

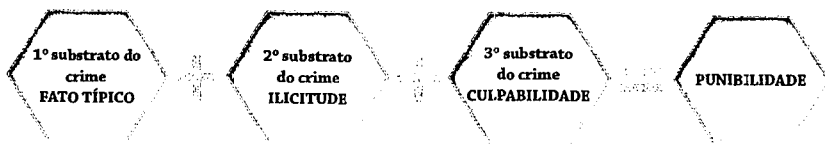
64) crime natural e crime de plástico: denominam-se crimes naturais aqueles comportamentos que sempre foram, são e, provavelmente, serão no futuro infrações penais, violando bens jurídicos indispensáveis à convivência harmônica em sociedade, como, por exemplo, o homicídio (crime contra a vida), o estupro (crime contra a dignidade sexual) etc. Já os crimes de plástico abrangem condutas que, no passado, configuravam um indiferente penal, porém, em razão do momento histórico e social, passa-se a sentir a necessidade de tipificação, como, por exemplo, os crimes cibernéticos.

7. SUBSTRATOS DO CRIME

Como tivemos oportunidade de antecipar, o conceito analítico de crime compreende as estruturas do delito, isto é, os substratos que, somados, formam a infração penal.

Prevalece, hoje, que, sob o enfoque analítico, crime é composto de três substratos: (i) fato típico, (ii) ilicitude (ou antijuridicidade) e (iii) culpabilidade. Presentes os três, o direito de punir do Estado se concretiza, surgindo a punibilidade (não é substrato do crime, mas sua consequência jurídica).

Vejamos, com atenção, cada substrato do delito, começando pelo fato típico.



Capítulo II

FATO TÍPICO

Sumário • 1. Introdução; 2. Conduta; 2.1. Teoria Causalista; 2.2. Teoria Neokantista; 2.3. Teoria Finalista; 2.4. Teoria social da ação; 2.5. Teorias funcionalistas; 2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal; 2.5.2. Funcionalismo Radical, Sistemático ou Monista; 2.6. Teoria da Ação Significativa; 2.7. Características e elementos da conduta; 2.8. Causas de exclusão da conduta; 2.8.1. Caso Fortuito ou de Força Maior; 2.8.2. Involuntariedade; 2.8.3. Coação física irresistível (vis absoluta); 2.9. Formas de conduta; 2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente; 2.9.1.1. Do crime doloso; 2.9.1.1.1. Espécies de dolo; 2.9.1.2. Do crime culposo; 2.9.1.2.1. Espécies de culpa; 2.9.1.3. Do crime preterdoloso; 2.9.2. Erro de tipo; 2.9.2.1. Erro de tipo x Erro de proibição; 2.9.2.2. Erro de tipo: espécies; 2.9.2.3. Erro de tipo: questões complementares; 2.9.3. Quanto ao modo de execução; 2.9.3.1. Crime comissivo; 2.9.3.2. Crime omissivo; 2.9.3.3. Crime de conduta mista; 3. Resultado; 4. Nexo causal; 4.1. Conceito; 4.2. Concausas; 4.3. A teoria da imputação objetiva; 4.3.1. Criação ou incremento de um risco proibido; 4.3.2. Realização do risco no resultado; 4.3.3. Resultado se encontra dentro do alcance do tipo; 4.4. Causalidade nos crimes omissivos; 5. Tipicidade penal; 5.1. Evolução da tipicidade penal; 5.2. Tipicidade conglobante; 5.3. Espécies de tipicidade formal; 5.4. Tipo penal: elementos e modalidades;

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o princípio da exteriorização ou materialização do fato, ao Direito Penal só interessam fatos humanos, pouco importando os acontecimentos da natureza dos quais não participa o homem. Entretanto, não são todos os fatos humanos que ficam na mira do Direito Penal, mas somente aqueles indesejados pelo meio social, não reprovados de forma eficaz pelos demais ramos do Direito e que provoquem relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado. Havendo um fato humano, indesejado, consistente numa conduta causadora de um resultado, ajustando-se a um tipo penal, deixa de ser um simples fato e passa a ser um fato tipicamente penal (**fato típico**).

Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteadada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: *conduta, nexo causal, resultado e tipicidade*.

2. CONDUTA

- ☒ *A conduta, como acabamos de apresentar, é um dos elementos do fato típico, e, uma vez ausente, não se pode falar em crime (nullum crimen sine conducta). Mas o que vem a ser, efetivamente, conduta?*

Eis aqui uma das mais candentes discussões que percorreu (e ainda percorre) o Direito Penal.

2.1. Teoria Causalista

A teoria causalista (ou **teoria causal naturalista**, **teoria clássica**, **teoria naturalística** ou **teoria mecanicista**), idealizada por Franz von **Liszt**, Ernst von **Beling** e Gustav **Radbruch**, surge no início do século XIX e faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito). O mundo deveria ser explicado através da experimentação dos fenômenos, sem espaço para abstrações. Como bem lembram **JUAN FERRÉ OLIVÉ**, **MIGUEL NUÑEZ PAZ**, **WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA** e **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

“O auge do positivismo nas ciências penais foi provocado por uma crise de acontecimentos que se sucederam na Europa em meados do século XIX. As transformações políticas, a Revolução Industrial e em geral a efervescência social da época, intensificaram mudanças nas diversas ordens da vida. Fomentaram-se os estudos científicos, porque se confiava na ciência como uma espécie de tábua de salvação que permitiria ao ser humano evoluir superando todas as suas penúrias. Mas o ponto de partida foi justamente rerepresentar o conceito de ciência, reservando-o para aquelas parcelas de conhecimento que servissem ao progresso da humanidade. Deste ponto de vista, prevaleciam as matemáticas e as ciências naturais, porque eram exatas e podiam ser observadas pelos sentidos”²⁰.

Nesse contexto, também o direito deve atender à exatidão das ciências naturais, resultando na concepção clássica de conduta, tida como mero processo causal destituído de finalidade (querer interno). Trata-se de um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior *perceptível pelos sentidos*²¹.

A **vontade**, na perspectiva causalista, é composta de um aspecto externo, o movimento corporal do agente, e de um aspecto interno, vontade de fazer ou não fazer (conteúdo final da ação). A ação seria, portanto, composta de vontade, movimento corporal

20. Ob. cit. p. 131

21. Decorre da visão causalista (observar conduta apenas pelos sentidos) a distinção feita entre **tipos normais** e **tipos anormais**. Os tipos normais seriam aqueles compostos estritamente de elementos objetivos, percebidos pelos sentidos. Por sua vez, os tipos anormais seriam todas aquelas normas penais que exigissem valoração, porque compostas de elementos normativos e/ou subjetivos. Tais tipos, não mais percebidos apenas pelos sentidos, justificam seu nome: *anormais*. O homicídio, por exemplo, seria um tipo normal: “*Matar alguém*” (art. 121 do CP). Os dados constantes desta norma são apreensíveis pelos sentidos humanos. Já a falsidade ideológica seria um tipo anormal: “*Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar [...] com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”. (art. 299, CP). As expressões “documento” e “com o fim de” são, respectivamente, elemento normativo e subjetivo, porque demandam valoração do intérprete no intuito de compreender o seu significado. Não podemos esquecer que o causalista construiu sua teoria com base nas ciências naturais, confiando na observação (e não valoração).

e resultado, porém a vontade não está relacionada à finalidade do agente, elemento analisado somente na culpabilidade.

	Ação típica (fato típico)	Processo interno da vontade (sem finalidade); movimento corporal que exterioriza a vontade; resultado dessa atuação.
	Ação dolosa ou culposa (culpabilidade)	Conteúdo da vontade

ANÍBAL BRUNO, partidário da teoria causalista, deixa clara as premissas sobre as quais se funda esta corrente:

“A ação pode definir-se como um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. [...] Mas a vontade que constitui elemento do conceito é apenas aquela necessária para fazer do comportamento um ato próprio do agente, isto é, um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo. Se ela é eficaz para fazer o agente responsável, se é ilícita, se o agente tem consciência dessa ilicitude, esses já são problemas da culpabilidade. A sua vontade, insuficiente para fundamentar a culpabilidade, basta para constituir o elemento subjetivo da ação”²².

Para a teoria causalista, o conceito analítico de crime é composto por **três** partes: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. É, portanto, tripartite.

Com efeito, é somente no terceiro substrato do crime que se deve analisar, segundo o causalismo, o dolo ou culpa. A culpabilidade, conceituada como vínculo psíquico entre o autor e o resultado, seria composta de dois elementos: a imputabilidade e a culpabilidade dolosa ou a culpabilidade culposa.

Já que a culpabilidade é o elemento valorativo do conceito de crime causalista, o dolo será denominado de **dolo normativo** (em oposição aos finalistas, que adotarão o dolo natural).

Fato típico	Antijuridicidade	Culpabilidade
• Conduta (sem finalidade) • Resultado • Nexo causal • Tipicidade	• Formal presença ou não de causa excludente	• Imputabilidade • Dolo ou culpa (finalidade)

Diversas são as críticas tecidas ao causalismo:

(i) Ao conceituar ação como movimento humano causador de uma modificação no mundo exterior, esta teoria não explica de maneira adequada os crimes omissivos, bem como os delitos sem resultado (formais e de mera conduta);

22. Ob. cit., p. 296-299.

(ii) Não há como negar a presença de elementos normativos e/ou subjetivos no tipo penal;

(iii) Ao fazer a análise do dolo e culpa no momento da culpabilidade, não há como distinguir, apenas pelos sentidos, a lesão corporal da tentativa de homicídio, já que a finalidade do agente não é analisada quando da pesquisa da conduta. O comportamento de quem quer ferir é, para os sentidos, o mesmo de quem quer matar e não consegue.

(iv) É inadmissível imaginar a ação humana como um ato de vontade **sem** finalidade. Toda ação humana é dirigida a um fim, existindo sempre uma relação psíquica entre conduta e resultado;

LISZT-BELING	
Crime	É ato voluntário contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	A ação integra o fato típico e é definida como movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. É elemento objetivo, não admitindo qualquer valoração
Antijuridicidade	Elemento objetivo. É a conduta típica sobre a qual não incide nenhuma causa de justificação (valoração objetiva de um fato natural).
Culpabilidade	Elemento subjetivo. Constituída por dolo e culpa (suas espécies), além da imputabilidade (culpabilidade psicológica – valoração psicológica do autor do fato).
Críticas	Desconsidera que toda ação humana é dirigida a uma finalidade; não explica de maneira adequada os crimes omissivos, formais e de mera conduta; desconsidera os elementos normativos e os elementos subjetivos do tipo)

2.2. Teoria Neokantista

A teoria neokantista tem base causalista (por isso é também denominada de teoria causal-valorativa) e foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX. Tendo como maior expoente Edmund **Mezger**, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa a sua negação) através da **introdução da racionalização no método**.

Trazemos à baila, mais uma vez, as lições de **JUAN FERRÉ OLIVÉ**, **MIGUEL NUÑEZ PAZ**, **WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA** e **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

“O positivismo jurídico havia realizado uma mudança metodológica muito importante para poder ser considerado científico. O modelo LISZT-BELING implicou na aparição do causalismo naturalista: o delito estruturava-se sobre uma ação ou movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. A partir deste ponto constrói-se um sistema de responsabilidade penal aplicando-se um método similar ao das ciências naturais ou exatas.

Estas ideias são objeto de uma forte crítica por parte do neokantismo. Pergunta-se se é possível apreciar toda a realidade com ajuda do método das ciências naturais. A resposta

é negativa, porque as ciências naturais somente permitem explicar parcialmente a realidade: aquilo que igualmente se repete. Todavia, não explicam os traços que fazem relevantes um objeto em sua individualidade. Por esse motivo, junto às ciências científico-naturais, devem existir outras: as ciências do espírito, conceito que compreende as ciências da cultura, e entre elas, o direito. Essas ciências confrontam os dados da realidade com os valores da comunidade. No direito existiria uma referência permanente ao mundo dos valores, já que se recorre ao valor Justiça. Isto marca as diferenças entre as ciências do ser (naturais e exatas) e do dever ser (cultura, direito)”²³.

Deste modo, a teoria neokantista representa a substituição dos valores experimentalistas, próprio das ciências naturais, pelos valores metafísicos, ou seja, pela valoração dos fenômenos (método axiológico). Trata-se de um rompimento com o monismo metodológico do positivismo, que acreditava que todas as ciências deveriam ser analisadas através de uma mesma forma de observação (a forma causal).

A teoria neokantista **não** altera a estrutura do conceito analítico de crime, compreendendo-o, também, como fato típico, antijurídico e culpável. A conduta permanece sendo elemento do fato típico, porém mais abrangente, aparecendo não como ação, mas comportamento, englobando a omissão. Também se deve a esta teoria a admissibilidade de valoração na tipicidade, motivo pelo qual os tipos penais compostos de elementos não objetivos não são mais vistos como “anormais”.

No âmbito da antijuridicidade, antes vista como elemento meramente formal, há transformações: onde não houver lesão de interesse algum, não haverá antijuridicidade. Em outras palavras, **a antijuridicidade tem um aspecto material**.

Por sua vez, a culpabilidade foi bastante enriquecida pelos neoclássicos. Com o autor alemão Reihnart Frank, erigiu-se a **teoria psicológico-normativa**, segundo a qual dolo e culpa não são espécies de culpabilidade, mas sim elementos autônomos deste substrato, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa. Por sua vez, o dolo teria como elemento a consciência atual da ilicitude (dolo normativo). Com essa estruturação, a culpabilidade é compreendida não apenas como um vínculo entre o agente e o resultado, mas também como um **juízo de reprovação ou censurabilidade**.

De forma sintética, analisa JUAREZ CIRINO DOS SANTOS que:

“A desintegração do sistema *clássico* do fato punível do modelo causal de ação originou o atual sistema *neo-clássico* de fato punível, um produto da reorganização teleológica do modelo *causal* de ação segundos *fins* e *valores* do direito penal: o conceito de ação deixa de ser apenas *naturalista* para ser, também, *normativo*, redefinindo como *comportamento humano voluntário*; a *tipicidade* perde a natureza de *livre-de-valor* para incluir elementos *normativos*, como documento, motivo torpe etc., e elementos *subjetivos*, como a intenção de apropriação, no furto e até mesmo o dolo, na tentativa; a *antijuridicidade* indica não apenas infração formal da norma jurídica,

mas o significado material de dano social, admitindo graduação do injusto conforme o valor lesionado; a *culpabilidade*, sensível a juízos de valor, se estrutura como conceito *psicológico-normativo*, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever: somente comportamentos reprováveis podem ser atribuídos à culpabilidade do autor”.²⁴

	ilicitude objetiva	ilicitude subjetiva
• Conduta (sem finalidade) • Resultado • Nexo causal • Tipicidade	• Aspecto material: danosidade social	• Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Dolo (elemento: consciência atual da ilicitude) • Culpa

Embora represente uma evolução à teoria causalista, a teoria neokantista, justamente por se basear naquela para a construção de seus pressupostos, foi criticada por (i) ser contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo; (ii) permanecer considerando dolo e culpa como elementos da culpabilidade.

	neokantismo
Crime	Adota o conceito de delito do naturalismo, agregando ao tipo dados valorativos.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	Ao invés de ação, prefere-se comportamento (abrangendo omissão), não mais neutra, expressando uma valoração negativa da lei.
Antijuridicidade	Deixa de ser puramente formal, exigindo danosidade social (antijuridicidade material)
Culpabilidade	Deixa de ser psicológica e passa a ser psicológica-normativa (dela faz parte a exigibilidade de conduta diversa). Passa a ser também juízo de censura.
Críticas	Partindo de conceitos naturalistas, ficou contraditória quando reconheceu elementos normativos e subjetivos no tipo.

2.3. Teoria Finalista

A teoria finalista ou final representa verdadeira evolução na análise da conduta e dos elementos do crime.

Criada por HANS WELZEL em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a **conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim**. A **finalidade**, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da

24. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004, p. 13-14.

premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com esta noção, a “cegueira” do causalismo, já que o finalismo é nitidamente “vidente”²⁵.

Explica JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

“A verdadeira ‘essência’ da ação humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a ação humana é assim supradeterminação final de um processo causal. Eis a natureza ontológica da ação, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído”²⁶.

Os finalistas entendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável²⁷. A grande mudança estrutural se opera realmente na culpabilidade. De fato, dolo e culpa migram para o fato típico, o que rendeu críticas ao finalismo – que teria “esvaziado” a culpabilidade.

Nesse contexto, assevera HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que:

“A evolução se processa no sentido de excluir da idéia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo. Isso se faz com a transferência para o tipo e a antijuridicidade de certos elementos subjetivos [...] e, sobretudo, com a observação de que na culpa cumpre distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (*Graf zu Dohna*). O dolo (destacado da consciência da ilicitude, que é momento normativo) integra a conduta típica, ilícita, ou seja, integra o objeto valorado e não pertence à culpabilidade.”²⁸.

Ao migrar para o fato típico, o dolo passa a ter dois elementos: consciência e vontade. O tipo, por sua vez, passa a ter duas dimensões: a **dimensão objetiva** (conduta, resultado, nexo e adequação típica) e a **dimensão subjetiva**, representada pelo dolo ou pela culpa.

Ao se destacar da consciência da ilicitude, alocada como elemento próprio na culpabilidade, o dolo perde o seu elemento normativo. Por este motivo é que, no finalismo, o dolo é **natural** (despido de valoração), é o *dolus bonus*. Contrapõe-se, portanto, à perspectiva causalista do dolo normativo, do *dolus malus*.

25. Dizia-se “cego” o causalismo porque a conduta, para esta corrente, não enxerga nada – não se destina a um fim.

26. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral* Tomo I. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007, p. 245.

27. No Brasil surge o finalismo bipartite (dissidente), ensinando que o crime é composto de apenas dois substratos: fato típico e antijuridicidade. Para os dissidentes, a culpabilidade não compõe o crime, apresentando-se como mero pressuposto de aplicação da pena, um juízo de censura. Vamos estudar melhor essa discussão no tema *culpabilidade*.

28. *Lições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 240.

Espécie de dolo	Dolo normativo (<i>dolus malus</i>)	Dolo natural (<i>dolus bonus</i>)
Elementos do dolo	• Consciência atual da ilicitude • Vontade de praticar a conduta	• Consciência da conduta • Vontade de praticar a conduta dirigida a uma finalidade
Localização no conceito analítico de crime	• Culpabilidade	• Fato típico

As mudanças sofridas revelam a adoção, pelos finalistas, da **teoria normativa pura** da culpabilidade. A culpabilidade passa a representar meramente um juízo de reprovação, uma valoração que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente, cujos elementos serão a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O finalismo é adotado pela maioria da doutrina brasileira, que entende ser a teoria adotada pelo Código Penal²⁹. Não obstante, é também objeto de algumas críticas:

(i) O finalismo concentrou sua teoria no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado.

(ii) A teoria não explica a contento o crime culposos, pois não se concebe a ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário. Em contraponto, argumenta-se que também a conduta culposa é orientada por uma finalidade, embora lícita, decorrendo o resultado ilícito culposos dos meios eleitos pelo agente para alcançar aquela finalidade. Por isso, a reprovação não recai sobre a finalidade da conduta, mas sobre os meios de que o agente lançou mão e que indiquem a imprudência, a negligência ou a imperícia.

Buscando compatibilizar a teoria final aos crimes culposos, **WELZEL** criou a **teoria cibernética**, levando em conta o **controle da vontade**, presente tanto nos crimes dolosos como nos culposos. Em sua concepção, seria o termo mais adequado para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Considerando, no entanto, que o termo tem uso específico na matemática e que a expressão *teoria finalista* se consolidou no campo jurídico-penal, esta última denominação é a que permanece.

Finalismo	
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade, antijurídico e reprovável.

29. Um dos fundamentos para a defesa de que o Código Penal teria adotado a teoria finalista é o artigo 20, *caput*, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 7.209/34), que trata do erro de tipo. Ao disciplinar o tema, o legislador traz como consequência deste erro, que recai sobre a consciência do agente (elemento do dolo) a exclusão do fato típico.

Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato Típico	A ação deixa de ser concebida com mero processo causal (mero movimento corporal, cego) para ser enfocada como exercício de uma atividade finalista (exercício vidente). O dolo e a culpa migram da culpabilidade para o fato típico.
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor da conduta – análise subjetiva)
Culpabilidade	Passa a ser normativa pura, acrescida da potencial consciência da ilicitude
Críticas	A finalidade não explica os crimes culposos (sendo frágil também nos crimes omissivos); a teoria se centralizou no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado

2.4. Teoria social da ação

A teoria social da ação foi desenvolvida por **JOHANNES WESSELS** e tem como principal adepto **HANS-HEINRICH JESCHECK**. A pretensão desta teoria não é substituir as teorias clássica e finalista, mas sim acrescentar-lhes uma nova dimensão, a relevância ou transcendência social.

Deste modo, a conduta, para a teoria social, é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim **socialmente reprovável**. A reprovabilidade social passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal (comportamentos aceitos socialmente não seriam típicos).

Dolo e culpa, para esta teoria, integram o fato típico, mas seriam novamente analisados quando do juízo de culpabilidade.

Os adeptos desta teoria sustentam seu valor na capacidade que tem de adequar a realidade jurídica à realidade social, pois um fato não pode ser considerado tipicamente penal ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é indiferente e o resultado de eventual conduta, consequentemente, não tem relevância social.

A principal crítica que se faz à teoria social da ação é a vagueza do conceito de transcendência ou relevância social. Com efeito, em tese, qualquer fato pode ter relevância social, inclusive aquele resultante de fenômenos naturais, como a morte de alguém em decorrência de um terremoto. Trata-se, pois, de noção por demais ampla, sendo arriscado incorporá-la ao Direito Penal, dada a gravidade dessa espécie de intervenção jurídica.

Teoria Social da Ação	
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade socialmente reprovável , antijurídico e reprovável.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade

Fato Típico	Adota-se a estrutura do finalismo, mas acrescenta-se a noção da relevância social da ação.
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor da conduta – análise subjetiva)
Culpabilidade	Se identifica com a estrutura do finalismo, mas inclui nova análise do dolo e culpa
Críticas	Vagueza do conceito de “relevância social”

2.5. Teorias funcionalistas

As teorias funcionalistas penais ganham força na década de 70, discutidas com ênfase na Alemanha, buscando, em apertada síntese, adequar a dogmática penal aos fins do Direito Penal³⁰. Nasce da percepção de que o Direito Penal tem necessariamente uma missão e que os seus institutos devem ser compreendidos de acordo com ela. São teorias funcionalistas, na medida em que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida. Visualizam o Direito Penal como uma função inserida na ordem jurídica. **Conduta, portanto, deve ser compreendida de acordo com a missão conferida ao Direito Penal.**

São **duas** as principais correntes funcionalistas: o funcionalismo teleológico, de **CLAUS ROXIN** e o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakbos.

2.5.1. Funcionalismo Teleológico, Dualista, Moderado ou da Política Criminal

O funcionalismo teleológico tem como expoente **Claus Roxin**. Trata-se de um novo marco na evolução do Direito Penal que tem por base a sua reconstrução a partir da premissa de que a função do direito penal é a **proteção de bens jurídicos**.

Desenvolvido a partir de 1970, com a obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” (**CLAUS ROXIN**), o funcionalismo rompe³¹ com o finalismo, na medida em que visa superar as concepções meramente ontológicas daquela corrente. Com isso, Roxin redimensiona a incidência do Direito Penal, reduzindo o alargado alcance que a tipicidade formal lhe conferia até então. Se a missão do Direito Penal é proteger os valores essenciais à convivência social harmônica, a intervenção mínima deve nortear a sua aplicação,

30. Como bem esclarecem Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina (ob. cit. p. 135-6), “a ciência do Direito penal, apesar de todos os avanços ocorridos no século XX, foi concebida de acordo com formulações extremamente formalistas. Os sistemas penais construídos até a década de sessenta na Europa (e durante todo o século XX no Brasil) eram sistemas ‘fechados’ (dedutivo-axiomáticos), elaborados aprioristicamente a partir de uma ideia reitora (lesão a um direito subjetivo, conceito naturalístico de ação, filosofia neokantiana de valores, conceito ontológico finalista de ação etc.), da qual se extraía toda a estrutura do delito. Eram sistemas classificatórios (de uma ideia geral vai se extraindo as categorias do delito). A dogmática penal desse período foi marcadamente formalista. No final da década de sessenta na Europa começam a surgir os primeiros movimentos contrários a essa orientação, chamados de funcionalistas”.

31. Trata-se de um rompimento conceitual, e não estrutural propriamente dito.

consagrando como típicos apenas os fatos materialmente relevantes. A teoria do delito deve ser reconstruída com lastro em critérios políticos criminais.

Com razão, explica **LUIS GRECO**:

“O finalismo pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal”³².

Deste modo, o funcionalismo teleológico ou moderado propõe que se entenda a **conduta** como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Estruturalmente, ensina **CLAUS ROXIN** que o crime é composto também de três substratos, sendo eles: fato típico, antijuricidade e **responsabilidade**. A culpabilidade, portanto, deixa de integrar (diretamente) o crime, figurando, sob a ótica do autor, como limite funcional da pena (culpabilidade funcional).

Elemento novo proposto por Roxin, a responsabilidade é integrada por (A) imputabilidade, (B) potencial consciência da ilicitude, (C) exigibilidade de conduta diversa e, atente-se, (D) **necessidade de pena**. Sendo o agente responsável, incide a culpabilidade como limite da sanção penal.

A maior crítica que se apresentou contra a teoria formulada por **CLAUS ROXIN** foi a substituição do elemento culpabilidade pela noção de responsabilidade ou reprovabilidade, com a inserção da noção de culpabilidade funcional, tida como limite da pena.

2.5.2. *Funcionalismo Radical, Sistêmico ou Monista*

O funcionalismo sistêmico tem como maior doutrinador Günter **JAKOBS**. A construção desta teoria tem direta (ainda que limitada) vinculação à noção de **sistemas sociais**, de Niklas Luhmann, a partir da qual formula a concepção de que o direito penal é um “sistema autopoietico”.

Com efeito, para **JAKOBS**, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete.

O funcionalismo sistêmico, portanto, repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais. Assim, havendo frustração da norma pela conduta do agente, impõe-se a sanção penal, uma vez que a **missão do direito penal é assegurar a vigência do sistema**.

32. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Porto Alegre: Revista Jurídica, Jul. 2000, p. 39.

Sob esta ótica, **conduta** será considerada como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

GÜNTHER JAKOBS recoloca a culpabilidade no terceiro substrato do conceito analítico de crime. Assim, crime, no seu pensar, é fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Dolo e culpa permanecem no fato típico. Em verdade, percebe-se que após a perspectiva finalista, estes elementos não serão mais relocados dentro da estrutura do crime.

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exclusão da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infel ao sistema”. Considera que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema.

Esse sistema também está presente nos pensamentos de inúmeros filósofos (Protágoras, S. Tomás de Aquino, **IMMANUEL KANT**, **JOHN LOCKE**, **HOBBS** etc.). Como bem alerta Manuel Monteiro Guedes Valente, a construção dogmática de um Direito penal do inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade, exceto o tom proclamático da designação Direito penal do *inimigo* ou, como arrasadoramente escreve Muñoz Conde, Direito penal *belico*. As manifestações de um Direito penal, cujo delinquente de determinado tipo de crime (terrorismo, tráfico de droga e de armas) não é ou não deve ser considerado como cidadão, mas como um cancro societário que deve ser extirpado, estão inscritas na história da humanidade³³.

Lendo a obra de **MANUEL MONTEIRO**, percebe-se que na teoria de Protágoras, a sanção não tem sentido retributivo, mas dissuasor e pedagógico e, assim, só deviam ser extirpados os delinquentes que, depois de serem orientados para a moral e para a justiça por meio do castigo, continuassem a ser incapazes de comungar dos mesmos valores. Todo o cidadão que tenha sido condenado e volte a pôr em causa a vivência comunitária, volte a reincidir, já não deve sofrer o castigo dissuasor ou pedagógico, mas um castigo de neutralização ou inocuidade do indivíduo.

Percebe-se, ainda, São Tomás de Aquino abordando a questão da infração como um pecado e que o pecador deve ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Esta teorização advém da ideia defendida por São Tomás de que a dignidade humana não se encontra em todos os homens, só nos homens virtuosos.

HOBBS concebe um Direito penal do inimigo como a moderna dogmática penal do inimigo. É com Hobbes que se adquire a ideia do que deve ser inimigo para o Direito

33. VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso ao Retrocesso*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 21.

penal. São inimigos os indivíduos que estão no estado de natureza, produtor de constante perigo e ameaça à existência humana, e que projetam falta de segurança. Hobbes defende um Direito penal para os cidadãos maus e outro Direito penal para os inimigos.

Eis, portanto, as inspirações de **JAKOBS**, em pleno século XXI, para quem o inimigo da contemporaneidade é o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

As principais **características** do Direito Penal, para esses inimigos, são:

- (i) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios;
- (ii) condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade);
- (iii) descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade);
- (iv) preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato);
- (v) o surgimento das chamadas “leis de luta ou de combate”;
- (vi) endurecimento da execução penal;
- (vii) restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.

Em resumo, a conduta, primeiro elemento do fato típico, pode ser definida como:

	Conduta é um movimento corporal (ação) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos
	Conduta é um comportamento (ação ou omissão) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.
	Conduta é comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim
	Conduta é comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim socialmente reprovável.
Funcionalismo Moderado (ROXIN)	Conduta aparece como comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.
Funcionalismo Radical (JAKOBS)	Conduta é comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

☒ **Qual teoria (da conduta) foi seguida pelo nosso Código Penal?**

Para a doutrina tradicional, nosso Código seria **finalista**.

O Código Penal Militar, a seu turno, é declaradamente **causalista**, tratando dolo e culpa como elementos da culpabilidade (art. 33 do CPM).

A doutrina moderna, no entanto, trabalha com premissas funcionalistas de Roxin, negando, porém, algumas de suas ideias, como, por exemplo, a responsabilidade considerada substrato do delito.

2.6. Teoria da ação significativa

Elaborada por VIVES ANTÓN, a teoria da ação significativa tem suas bases estabelecidas na filosofia da linguagem de WITTGENSEIN e na teoria da ação comunicativa de Habermas. Propõe uma nova análise conceitual da conduta penalmente relevante, com fundamento em princípios de liberalismo político, unindo ação e norma para a fundação da liberdade de ação.

Nesta perspectiva, entende-se a ação como o significado do que as pessoas fazem, e não simplesmente como o que as pessoas fazem. Há, na ação penalmente relevante, um sentido a ser interpretado segundo as normas, razão por que é necessário, mais do que descrevê-la, compreendê-la. Não há, portanto, um modelo prévio e generalizado de ação humana na medida em que esta deve ser analisada à luz de seu significado, concretamente, portanto. E também por isso, havida uma conduta, tem-se, inicialmente, apenas uma aparência de ação, primeiro passo para que se possa buscar seu significado.

Ainda de acordo com esta teoria, a ação só existe em razão da norma. Se há o ato de “matar” é porque a norma estabelece, antes, a definição do que se entende por homicídio. Sem a norma previamente estabelecida não haveria, portanto, significado para a ação. Em síntese, pode-se afirmar, com BITENCOURT, que “*não existem ações prévias às normas*, de modo que se possa dizer que exista a ação de matar, se previamente não existir uma norma que defina matar como conduta relevante para o Direito Penal. Assim, não existe a ação do ‘xeque-mate’ se antes não houver as regras do jogo de xadrez; não existe a *ação de impedimento* (na linguagem futebolística), sem que antes exista uma norma regulamentar que defina o que é *impedimento*. Concluindo, primeiro são as normas (regras) que definem o que entendemos socialmente por esta ou aquela ação. A partir daí, segundo essas regras, podemos identificar que matar constitui um homicídio, que subtrair coisa alheia móvel tipifica o crime de furto ou que determinados comportamentos *significam* ou possuem um sentido jurídico, social e cultural que chamamos crime de homicídio, de corrupção, de prevaricação etc., ou, na linguagem desportiva, atacar o rei inimigo sem deixar-lhe saída é ‘xeque-mate’ ou posicionar-se adiante dos zagueiros adversários, antes do lançamento, é impedimento”³⁴.

2.7. Características e elementos da conduta

A conduta, não importando a teoria adotada (causalista, neokantista, finalista, social da ação ou funcionalista) tem um denominador comum: **movimento humano voluntário** (dominável pela vontade).

Somente o homem executa conduta, podendo valer-se, obviamente, de animais como seu instrumento.

34. Ob. cit., vol. 1, p. 290

A conduta humana deve ser voluntária³⁵. Se o comportamento praticado, ainda que previsto em um tipo penal, não for precedido da vontade do seu agente, não haverá conduta, e, conseqüentemente, desfigurado estará o fato típico (substrato do crime), faltando seu primeiro elemento.

Outra característica da conduta é a sua repercussão no mundo exterior. A simples cogitação (o pensamento não exteriorizado) é estranha ao Direito Penal.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar serem dois os **elementos da conduta**:

(A) Comportamento voluntário (dirigido a um fim): nos crimes dolosos, o fim é a lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo, ao passo que, nos crimes culposos, a finalidade é a prática de um ato cujo resultado previsível seja capaz de causar lesão ao bem jurídico³⁶;

(B) Exteriorização da vontade: é o aspecto mecânico ou neuromuscular, consistente na prática de uma ação ou omissão capaz de externar o elemento psíquico.

2.8. Causas de exclusão da conduta

São **causas de exclusão da conduta**:

2.8.1. Caso Fortuito³⁷ ou de Força Maior

O Código Civil diz que o caso fortuito ou de força maior existe quando uma determinada ação gera conseqüências, efeitos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir.

Explica MARIA HELENA DINIZ que, na força maior, por ser um fato da natureza, pode-se conhecer o motivo ou a causa que deu origem ao acontecimento (raio que provoca um incêndio, por exemplo); já o caso fortuito tem origem em causa desconhecida (cabo elétrico aéreo que sem se saber o motivo se rompe e cai sobre fios telefônicos causando incêndio e explosão de caldeira de usina, por exemplo)³⁸.

35. Embora se exija a voluntariedade do ato, não quer isto significar que a vontade deva ser livre. Ato voluntário é aquele que o agente delibera realizar, isto é, que não provém de mero resultado mecânico. A decisão, no entanto, pode não ter sido tomada livremente, o que será objeto de análise no campo da culpabilidade.

36. Como já observado, a vontade integra tanto a conduta dolosa quanto a culposa, residindo a diferença no fato de que, na primeira, alcança também o resultado lesivo, ao passo que, na segunda, atinge somente a causa desse resultado.

37. Para Zaffaroni e Pierangeli, "o 'caso fortuito' é pressuposto de um resultado que se produz fora do controle da vontade. Não se pode afirmar que todo pressuposto de caso fortuito deva ser considerado como de ausência de conduta porque, na maior parte desses pressupostos, se apresenta uma conduta, só que esta não pode ser considerada típica, posto que a causalidade que a mesma põe em movimento não pode ser abrangida no tipo sob a forma de culpa e muito menos de dolo. Em conseqüência, estabelecemos que o caso fortuito deve ser considerado como uma situação de atipicidade e não de ausência de conduta." (Ob. cit., p.374).

38. *Código Civil Anotado*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

Para **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**, caso fortuito é o acontecimento provindo da natureza sem que haja a interferência da vontade humana; força maior é a própria atuação humana manifestada em fato de terceiro³⁹.

Em suma, geram fatos imprevisíveis ou inevitáveis, não dominados pela vontade do homem, não havendo conduta.

2.8.2. *Involuntariedade*

É a ausência de capacidade, por parte do agente, de dirigir sua conduta de acordo com uma finalidade predeterminada. São casos de involuntariedade:

(A) **Estado de inconsciência completa**⁴⁰, como o sonambulismo e a hipnose;

(B) **Movimentos reflexos**

Nos atos reflexos o movimento é apenas um sintoma de reação automática do organismo a um estímulo externo, desprovido, portanto, de elemento anímico por parte do agente.

FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS alerta para a diferença existente entre os movimentos reflexos e as denominadas “ações em curto-circuito”.

Nestas existe vontade de praticar o ato, mas que, pela rapidez de sua manifestação, pode se confundir com os atos reflexos:

“Com efeito, nos movimentos reflexos há um impulso completamente fisiológico provocado pela excitação de um só órgão. Nas ações em curto-circuito (atos impulsivos) ao revés, há um movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos, acompanhado de um elemento psíquico, isto é, de uma vontade obcecada, de modo que o agente não chega a perder a consciência, podendo, inclusive, evitar o seu agir pelo exercício do autocontrole”⁴¹.

Vejamos essas diferenças num quadro:

Movimentos reflexos	Movimentos em curto-circuito
Impulso completamente fisiológico, desprovido de vontade .	Movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos, acompanhado de vontade .
Ex: por conta de um susto causado pelo bater inesperado de uma porta, FULANO , por mero impulso, movimentou os braços atingindo o rosto de pessoa que estava ao seu lado.	Ex: durante uma partida de futebol, tomados pela excitação do jogo e da torcida, uma multidão invade o campo para protestar com violência contra a injusta marcação de pênalti.

39. *Teoria Geral das Obrigações. Responsabilidade Civil*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 240.

40. A embriaguez completa não acidental é espécie de estado de inconsciência, porém punível em decorrência da *teoria da actio libera in causa*, como se estudará em momento oportuno.

41. Ob. cit., p. 156.

2.8.3. Coação física irresistível (*vis absoluta*)

Ocorre nas hipóteses em que o agente, em razão de força física externa, é impossibilitado de determinar seus movimentos de acordo com sua vontade.

Imaginemos, por exemplo, um sujeito, com dever de agir para impedir determinado resultado, é amarrado e, consequentemente, impossibilitado de evitar que ocorra o resultado lesivo. Em primeira análise, a sua omissão configuraria o crime omissivo impróprio decorrente da sua condição de garantidor, entretanto a ausência de conduta impede a caracterização do crime.

Alertamos que a coação física não se confunde com a coação moral irresistível (*vis compulsiva*), havendo, nesse caso, o emprego de grave ameaça.

Na coação moral é conferida ao coagido a possibilidade de escolha, entre cumprir o ato determinado pelo coator ou sofrer as consequências danosas por ele prometidas. Diferentemente da física, na moral temos conduta, porém não livre, questão a ser analisada no campo da culpabilidade.

Em resumo:

Força física externa impossibilitando o coagido de praticar movimentos de acordo com sua vontade. É conduzido sem vontade.	Grave ameaça, retirando do coagido a liberdade de escolha. Pratica conduta, com vontade viciada.
Se irresistível, exclui a conduta.	Se irresistível, há conduta, mas não livre, excluindo a culpabilidade.

2.9. Formas de conduta

Atendidos todos os requisitos já expostos, impõe-se analisar a voluntariedade e o modo de execução do delito, isto é, se a conduta do agente foi **dolosa** ou **culposa** (ou mesmo **preterdolosa**), **comissiva** (por ação) ou **omissiva** (por omissão).

2.9.1. Quanto à voluntariedade do agente

A voluntariedade no crime apresenta as formas de dolo ou de culpa. Como estudado, na teoria geral do crime, uma corrente tradicional os incluía na culpabilidade. Hoje, porém, depois de adotado o finalismo, tanto um quanto outro são elementos implícitos do tipo, integrando a conduta – e gerando sua atipicidade em caso de ausência.

2.9.1.1. Do crime doloso

O artigo 18, I, do Código Penal, anuncia ser doloso o crime *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*. Dolo, portanto, pode ser conceituado como a vontade consciente dirigida a realizar (ou aceitar realizar) a conduta prevista no tipo penal incriminador⁴².

42. Vontade e desejo não se confundem. No dolo, o agente quer o resultado delitivo como consequência de sua própria conduta. No desejo, o agente espera o resultado como consequência alheia a sua conduta, direta ou indireta.

Alerta FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Cumpra ainda esclarecer que a noção de dolo não se esgota na realização da conduta e do resultado, devendo a vontade do agente projetar-se sobre todas as elementares, qualificadoras, agravantes e atenuantes [em regra] do crime. Todavia, para a caracterização do crime, em sua forma simples, é suficiente que o dolo compreenda apenas os elementos da figura típica fundamental. Mas a incidência dos tipos qualificados, privilegiados, das agravantes e atenuantes [em regra] dependem da projeção do dolo do agente sobre essas circunstâncias.”⁴³

Majoritariamente, rotula-se o dolo como um componente subjetivo implícito da conduta⁴⁴, pertencente ao fato típico, formado por dois elementos: o **volitivo**, isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma, representado pelos verbos querer e aceitar; e o **intelectivo**, traduzido na consciência da conduta e do resultado⁴⁵.

São teorias do dolo:

1ª) **Teoria da vontade**: dolo é a vontade consciente de querer praticar a infração penal.

2ª) **Teoria da representação**: fala-se em dolo sempre que o agente tiver a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta.

3ª) **Teoria do consentimento (ou assentimento)**: fala-se em dolo sempre que o agente tiver a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta, assumindo o risco de produzir o evento⁴⁶.

O Direito Penal brasileiro, em seu artigo 18, adota as teorias da vontade (para o **dolo direto**) e a do consentimento (para o **dolo eventual**):

Art. 18, I, CP Diz-se o crime doloso	Dolo	Teoria
Quando o agente quis o resultado.	Direto	Vontade
ou assumiu o risco de produzi-lo	Indireto, da espécie eventual	Assentimento

43. Ob. cit. p. 218.

44. Nesta esteira de raciocínio, o inimputável possui dolo (e culpa) quando da prática a conduta descrita como crime. Os inimputáveis possuem consciência e vontade dentro do seu precário mundo valorativo e praticam conduta dolosa (e culposa), muito embora sua ação ou omissão não seja criminosa – o que decorre da ausência do elemento “culpabilidade”, terceiro substrato do crime.

45. Perceba-se que a liberdade não figura como elemento do dolo, sendo, na verdade, matéria afeta à culpabilidade. Não parece correto explicar dolo como vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo penal. Havendo vontade, há dolo, mas se não for livre, pode ficar afastada a culpabilidade do agente.

46. Esta teoria é uma clara evolução em relação à teoria anterior, sobretudo porque exclui do conceito de dolo a culpa consciente.

2.9.1.1.1 Espécies de dolo

São espécies de dolo:

(A) **Dolo natural** ou **neutro**: é o dolo componente da conduta, adotado pela teoria finalista. O dolo pressupõe apenas consciência e vontade.

(B) **Dolo normativo** ou **híbrido**: adotado pela teoria neoclássica ou neokantista, essa espécie de dolo integra a culpabilidade, trazendo, a par dos elementos consciência e vontade, também a consciência atual da ilicitude, elemento normativo que o diferencia do dolo natural.

Dolo normativo	Dolo natural
• Adotado pela teoria clássica/causal e pela neokantista. • Integra a culpabilidade. • Tem três elementos: a) consciência (sabe o que faz) b) vontade (querer ou aceitar) c) consciência atual da ilicitude (sabe da ilicitude do seu comportamento).	• Adotado pela teoria finalista. • Integra o fato típico. • Tem dois elementos: a) consciência (sabe o que faz) b) vontade (querer ou aceitar) Obs: a consciência da ilicitude é questão afeta a culpabilidade

(C) **Dolo direto** ou **determinado** ou **intencional** ou **imediato** ou **incondicionado**: configura-se quando o agente prevê um resultado, dirigindo a sua conduta na busca de realizar esse mesmo resultado.

(D) **Dolo indireto** ou **indeterminado**: o agente, com a sua conduta, não busca resultado certo e determinado. Possui **duas** formas:

(D.1) **Dolo alternativo**: ocorre quando o agente prevê uma pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para perfazer qualquer deles com a mesma intensidade de vontade (ex.: quero ferir ou matar, tanto faz). Nesse caso, o agente deve responder pelo crime mais grave, pois sua intenção projetou-se também para esse sentido⁴⁷.

(D.2) **Dolo eventual**: o agente também prevê pluralidade de resultados, dirigindo sua conduta para realizar um determinado evento, mas **assumindo o risco** de provocar outro (ex: quero ferir, mas aceito matar). O agente não quer o resultado mais grave, mas assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual só é possível em razão da consagração da teoria do consentimento. Para a constatação prática do dolo eventual, REINHART FRANK formulou a teoria positiva do conhecimento, sintetizada na seguinte expressão: “seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”. Quando o agente assim se posiciona, revela indiferença em relação ao resultado possível, razão pela qual é

47. O dolo alternativo será objetivo quando a vontade indeterminada estiver relacionada com o resultado, sendo a vítima certa (atiro contra a vítima para ferir ou matar, tanto faz); será subjetivo, quando a vontade indeterminada envolver as vítimas, mas com resultado certo (atiro contra um grupo de pessoas para matar qualquer delas).

responsabilizado por dolo⁴⁸. O dolo eventual é aplicável a todos os crimes compatíveis com a assunção do risco de causar o resultado criminoso, ou seja, aqueles em que o tipo penal não imponha o dolo direto, ao contrário do que ocorre na receptação em sua forma básica (art. 180, *caput*, do Código Penal), em que deve o agente ter certeza da origem criminosa da coisa.

O dolo eventual tem tido destaque no âmbito dos crimes de trânsito, especialmente nos casos de homicídio cometido durante competição não autorizada em via pública ou em decorrência de embriaguez do condutor. O tema será mais bem analisado quando tratarmos da diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

(E) **Dolo cumulativo**: o agente pretende alcançar dois resultados, em sequência (caso de progressão criminosa). Trata-se da hipótese em que o agente quer, por exemplo, lesionar e, após a lesão, resolve causar a morte da vítima.

(F) **Dolo de dano**: a vontade do agente é causar efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

(G) **Dolo de perigo**: o agente atua com a intenção de expor a risco o bem jurídico tutelado. É interessante notar que o dolo de perigo pode se manifestar em situações que, na prática, confunde-se com a inobservância do dever de cuidado, elemento dos crimes culposos. Imaginemos a situação em que o agente expõe a perigo direto e iminente a vida ou a saúde de outrem. Trata-se do crime do art. 132 do CP, em que o propósito do autor se manifesta exclusivamente sobre a causação do perigo. Se, todavia, dessa conduta advém a morte da pessoa exposta ao perigo, a responsabilidade penal se dá na forma do homicídio culposo. Vê-se, dessa forma, que as circunstâncias que antes revelavam dolo de perigo serviram como alicerce para a estruturação do resultado lesivo culposo. Por isso, afirma a doutrina que os crimes de perigo são, na realidade, condutas imprudentes punidas antes da ocorrência do resultado que seria imputado ao agente a título de culpa.

(H) **Dolo genérico**: o agente tem vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal, sem um fim específico (ex: art. 121, CP, “*Matar alguém*”). Trata-se de denominação utilizada no âmbito da teoria causalista, dizendo-se genérico porque o tipo penal não indicava finalidade nenhuma por parte do agente. Com a adoção da teoria finalista, passou-se a tratar o dolo genérico apenas como *dolo*.

(I) **Dolo específico**: o agente tem vontade de realizar a conduta, visando um fim específico que é elementar do tipo penal (ex: art. 159, CP, “*Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*”)⁴⁹. Esta denominação também é relativa à teoria causalista e indicava que o tipo penal trazia

48. A prova do dolo eventual se faz através das circunstâncias do caso concreto. Nestes termos, o STF: “O dolo eventual compreende a hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente” (Segunda Turma – HC 97252 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 04/09/2009).

49. Explica Flávio Monteiro de Barros que, na verdade, “o dolo específico não passa de elemento subjetivo do tipo. Por isso, diversos autores repudiam essa classificação, acoimando-se de inócua” (Ob. cit. p. 225).

destacado o especial fim de agir. Atualmente, sob a égide da teoria finalista, a expressão cede lugar a *elemento subjetivo do tipo* ou *do injusto*.

(J) Dolo geral (erro sucessivo): ocorre quando o agente, supondo já ter alcançado um resultado por ele visado, pratica nova ação que efetivamente o provoca. Veremos mais detalhadamente esta modalidade de dolo quando estudarmos as diversas modalidades de erro de tipo, pois o dolo geral representa hipótese de *aberratio causae*, ou erro sobre a relação de causalidade.

(K) Dolo de primeiro grau: é o dolo direto, hipótese em que o agente, com consciência e vontade, persegue determinado resultado (fim desejado).

(L) Dolo de segundo grau (ou de consequências necessárias): espécie de dolo direto, porém a vontade do agente se dirige aos meios utilizados para alcançar determinado resultado. Abrange os efeitos colaterais, de verificação praticamente certa, para gerar o evento desejado. O agente não persegue imediatamente esses efeitos colaterais, mas tem por certa sua superveniência, caso se concretize o resultado pretendido. Explica PAULO QUEIROZ:

“A doutrina, especialmente alemã e espanhola, distingue ainda dolo de primeiro grau de dolo de segundo grau: o primeiro compreende o resultado ou resultados que o agente persegue diretamente; o segundo, todas as consequências que, mesmo que não perseguidas e até eventualmente lamentadas, o autor prevê como inevitáveis. Assim, por exemplo, quem coloca uma bomba num automóvel pretendendo atingir uma pessoa determinada sabe que poderá matar outras pessoas próximas ou que acompanhem a vítima. Existirá assim dolo de primeiro grau quanto à primeira vítima e dolo de segundo grau quanto às demais”⁵⁰.

É importante notar que o dolo de segundo grau **não** se confunde com o dolo eventual:

Dolo de 2º grau	Dolo eventual
O resultado paralelo é certo e necessário (<i>as consequências secundárias são inerentes aos meios escolhidos</i>). Ex.: quero matar um piloto de avião. Para tanto, coloco uma bomba na aeronave. Sei que a explosão no ar causará a morte dos demais tripulantes (a morte dos tripulantes é consequência certa e imprescindível).	O resultado paralelo é incerto, eventual, possível, desnecessário (<i>não é inerente ao meio escolhido</i>). Ex.: quero matar um motorista com um tiro. A morte dos demais passageiros do carro é um resultado eventual, que aceito como possível (a morte dos demais passageiros é desnecessária ao fim almejado).

(M) Dolo de terceiro grau: temos doutrina reconhecendo, ainda, o dolo de terceiro grau, consistente na consequência da consequência necessária. Cita-se, como exemplo, alguém, querendo matar o piloto de um avião, coloca uma bomba para explodir a aeronave no ar, tendo, entre os passageiros, uma mulher grávida. A morte do piloto faz parte do dolo de 1.º grau. A morte dos demais passageiros, dolo de 2.º grau. O aborto (da

50. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 194.

passageira gestante) seria o dolo de 3.º grau (consequência da consequência). Para nós, este dolo não existe. Ou o agente sabia que uma passageira era gestante, e o aborto se insere no âmbito do dolo de 2.º grau, ou não sabia e, nessa hipótese, não responde pelo crime de aborto, evitando-se responsabilidade penal objetiva, vedada no Direito Penal (admitida em outros ramos, como no Direito Civil).

(N) Dolo antecedente, concomitante e subsequente

Dolo **antecedente, inicial ou preordenado** é o dolo anterior à conduta e, por se tratar de mera cogitação, não interessa ao Direito Penal.

O dolo **subsequente**, por sua vez, é posterior ao crime, sendo indiferente à repressão penal. Há quem busque demonstrar a relevância penal do dolo subsequente invocando o crime de apropriação indébita. Haveria, neste caso, dolo subsequente porque, de início, o agente recebe a coisa alheia de forma lícita, mas, a certa altura, decide se apropriar. Não nos parece, todavia, correto o apontamento.

Com efeito, o dolo é denominado *subsequente* porque se manifesta **após a conduta típica**, e, por isso, será sempre irrelevante penalmente. No caso da apropriação indébita, é incorreto afirmar que o dolo é posterior, pois a conduta de receber a coisa alheia lícitamente **não é típica**; basta lermos o art. 168 do Código Penal: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”. A conduta típica, como vemos, se inicia com a apropriação e este é o momento em que o dolo deve estar presente. Logo, também neste caso é concomitante.

Deste modo, o dolo que importa e tipifica a conduta é o **dolo concomitante, existente no momento da ação ou omissão**. Explica NUCCI:

“O autor deve agir, sempre, com dolo atual, isto é, concomitante à conduta desenvolve-se a sua intenção de realização do tipo penal. Logo, se alguém deseja matar seu desafeto num determinado dia, mas muda de ideia, atropelando-o, acidentalmente, no dia seguinte, não pode ter a sua intenção transportada de um dia para outro, como se o dolo pudesse ser antecedente à conduta idônea a produzir o resultado”⁵¹.

Alertamos, no entanto, que, por força da *teoria da actio libera in causa*, excepcionalmente o dolo antecedente será considerado para a tipificação de determinadas condutas.

Dolo antecedente, inicial ou preordenado	Dolo concomitante /atual	Dolo subsequente
É o dolo anterior à conduta.	É o dolo existente no momento da ação ou omissão.	É o dolo posterior à conduta.

(O) Dolo de propósito e Dolo de ímpeto

É denominado **dolo de propósito** a vontade e consciência refletida, pensada, premeditada. Difere-se do **dolo de ímpeto**, caracterizado por ser repentino, sem intervalo entre a fase de cogitação e de execução do crime. Nem sempre a premeditação agrava a pena

51. Código Penal Comentado. Ob. cit. p. 191.

do crime, mas o ímpeto poderá corresponder a uma privilegiadora (art. 121, § 1º, CP) ou circunstância atenuante (art. 65, III, “c” CP).

2.9.1.1.2. Fases da conduta dolosa

A conduta dolosa conta duas fases: interna e externa.

A fase interna se resume à esfera do pensamento do agente e se compõe de: **a)** apresentação e antecipação do resultado; **b)** eleição dos meios pelos quais a conduta se desenvolverá; **c)** avaliação dos efeitos decorrentes da conduta, sejam eles colaterais ou concomitantes ao emprego dos meios escolhidos.

Desta forma, na fase interna, de início, o agente decide a respeito do crime que irá cometer e, para tanto, antecipa mentalmente o fim a que se sua conduta se dirigirá. Em seguida, delibera a respeito dos meios que utilizará para alcançar seu intento e avalia se o emprego desses meios será capaz de ocasionar efeitos colaterais ou concomitantes.

Superada essa etapa, surge a fase externa, em que o sujeito ativo põe em prática aquilo que deliberou iniciando a conduta criminosa.

Embora a fase interna seja considerada um componente da conduta, a relevância punitiva surge verdadeiramente na etapa seguinte, quando o agente exterioriza seu intento, dispondo-se a lançar mão dos meios eleitos precedentemente. A fase interna, não obstante seja indispensável para sedimentar a base da ação finalista, restringe-se, no *iter criminis*, ao momento da cogitação, impunível pela aplicação do princípio da materialização ou exteriorização do fato.

2.9.1.2. Do crime culposo

O crime culposo, previsto no art. 18, II, do Código Penal, consiste numa conduta voluntária que realiza um evento ilícito não querido ou aceito pelo agente, mas que lhe era previsível (culpa inconsciente) ou excepcionalmente previsto (culpa consciente) e que podia ser evitado se empregasse a cautela esperada.

Houve época em que parte da doutrina sustentava ser desnecessária a punição do crime culposo, pois a conduta de que resulta a lesão não é impulsionada por sentimento contrário ao direito e, consequentemente, não haveria motivo para punir alguém com a finalidade de aplacar sua periculosidade quando esta, na realidade, não se revela.

Com o decurso do tempo, a punição da culpa passou a ser exigida; não mais se discute sua necessidade, especialmente nos dias atuais, em que as relações sociais se tornam a cada dia mais variadas e complexas, abrindo espaço para condutas descuidadas, que acabam por atingir bens jurídicos de patente relevância. Não se trata de punir em virtude de periculosidade, mas de estabelecer a proteção penal a bens jurídicos contra ações ou omissões que, embora não direcionadas ao resultado lesivo, são baseadas na falta de cuidado objetivo e devem ser desestimuladas.

De acordo com a doutrina majoritária, a culpa deve ser tratada como elemento normativo da conduta, inserida no fato típico.

São **elementos** estruturais do crime culposo:

(A) Conduta humana voluntária

Ação ou omissão dirigida e orientada pelo querer, causando um resultado involuntário. Como bem alerta **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“Não se pode, contudo, negar a existência de diferença entre conduta dolosa e a conduta culposa, pois enquanto na primeira a vontade é dirigida à realização do resultado ilícito, na segunda, a vontade se direciona à produção de um resultado lícito (em regra), diverso daquele que efetivamente se produz”⁵².

A conduta culposa pode ocorrer tanto por ação ou omissão. O pai que imprime alta velocidade no veículo e causa um acidente do qual decorrem lesões corporais no filho responde por culpa tanto quanto o pai desidioso que, ao acompanhar o filho ao parque, não impede que a criança adote conduta arriscada e se lesione.

(B) Violação de um dever de cuidado objetivo

Em suas relações sociais, não é permitido ao indivíduo tomar a atitude que quiser, quando quiser, sem levar em consideração o interesse de terceiras pessoas. A convivência nos impõe a todos regras básicas de conduta que devem ser seguidas sob pena de se instaurar a anomia. O agente, na infração culposa, viola seu dever de diligência, regra básica do convívio social. Seu comportamento não atende ao que esperado pela lei e pela sociedade. Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Por conseguinte, a divergência entre a ação realmente realizada e a que deveria ter sido praticada em virtude do dever de cuidado que era necessário observar é que confere ênfase e tônica ao delito culposo. Dessa maneira, a desaprovação jurídica recai sobre a forma de realização da ação ou sobre a seleção dos meios para realizá-la, deitando raízes a aferição da culpa no desvalor da ação (Welzel), no ato de aferir um valor no intercâmbio social”⁵³.

Para apurar se houve (ou não) infração do dever de diligência, deve o operador, considerando as circunstâncias do caso concreto, pesquisar se uma pessoa de inteligência média, prudente e responsável, teria condições de conhecer e, portanto, evitar o perigo decorrente da conduta (previsibilidade objetiva).

Dessa comparação (capacidade de evitar do homem médio), conclui-se se ocorreu violação da obrigação de cuidado, violação manifestada pela **imprudência**, **negligência** ou **imperícia** (modalidades de culpa).

(1) Imprudência: o agente atua com precipitação, afoiteza, sem os cuidados que o caso requer (ex: conduzir veículo em alta velocidade num dia de muita chuva). É a forma positiva da culpa (*in agendo*), que se manifesta concomitantemente à ação, ou

52. Ob. cit. p. 231.

53. Ob. cit. p. 464

seja, está presente no decorrer da conduta que culmina no resultado involuntário. No mesmo exemplo, a conduta é lícita enquanto o motorista conduz o veículo na chuva em velocidade compatível, mas, a partir do momento em que imprime alta velocidade, surge a imprudência que sustentará a punição caso ocorra um acidente com lesão ou morte.

(2) **Negligência:** é a ausência de precaução (ex: conduzir veículo automotor com pneus gastos). Diferentemente da imprudência (positiva – ação), a negligência é negativa – omissão (*culpa in omitendo*). Revela-se a negligência, ao contrário da modalidade anterior, antes de se iniciar a conduta; o agente não adota a ação cuidadosa que se exige no caso concreto, daí advindo o resultado lesivo.

(3) **Imperícia:** é a falta de aptidão técnica para o exercício de arte ou profissão (ex: condutor que troca o pedal do freio pelo da embreagem, gerando o atropelamento)⁵⁴.

MIRABETE, não sem razão, lembra que:

“Além de imprecisos os limites que distinguem essas modalidades de culpa, podem elas coexistir no mesmo fato. Poderá haver imprudência e negligência (pneus gastos que não foram trocados e excesso de velocidade), a negligência e a imperícia (profissional incompetente que age sem providências específicas), a imperícia e a imprudência (motorista canhestro recém-habilitado que dirige em velocidade incompatível com o local)”⁵⁵.

Por fim, deve ser alertado que atuar violando regras não significa presumir culpa⁵⁶. A violação de normas constitui apenas um indício. O julgador deve examinar as circunstâncias que envolvem o caso concreto. Não se descarta a possibilidade de, mesmo que não houvesse infração do dever de cuidado, o resultado ocorreria do mesmo modo. Explicam

54. Percebe-se que o agente, na imperícia, revela claro despreparo técnico ou prático. Não se confunde com a **inobservância de regra técnica**, causa especial de aumento de pena nas modalidades culposas do crime de homicídio e de lesão corporal, hipótese em que o agente possui conhecimentos técnicos e práticos, mas, relapso, não os observa no momento de agir. Também não se confunde com o erro profissional, que não decorre de conduta envolta em falta de aptidão técnica. No erro profissional, o agente tem conhecimento das regras e as observa no decorrer da conduta, mas, sendo falíveis os postulados científicos, torna-se possível a ocorrência de um resultado lesivo decorrente de erro, que não ensejará punição. Como exemplo, podemos citar o seguinte: determinado paciente necessita de cirurgia cardíaca extremamente delicada, para a qual a medicina ainda não desenvolveu técnica segura. O médico, devidamente habilitado e experiente, põe-se a realizar o procedimento, observando rigorosamente todos os métodos cirúrgicos que seu conhecimento abarca e de que a arte médica dispõe. Não obstante, durante o procedimento, em razão da complexidade que a situação revela e para a qual não há resposta científica eficiente, comete um erro, que acaba por causar a morte do paciente. Esta situação revela um erro profissional que não caracteriza culpa, pois ausente a imperícia.

55. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 23ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2006, p. 146.

56. A **culpa presumida ou in re ipsa**, modalidade de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes do Código Penal de 1940, consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar. Com o advento do atual Código Penal, a culpa não mais se presume, devendo ser comprovada.

JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“Não obstante, sempre que houver a probabilidade de que o resultado pudesse ter sido igualmente produzido em caso do sujeito ter observado o cuidado objetivamente devido, o juiz deverá absolvê-lo em virtude do princípio *in dubio pro reo*”⁵⁷.

(C) Resultado naturalístico involuntário

Em regra, os crimes culposos são materiais, ou seja, causam, de modo involuntário, modificação no mundo externo (conduta voluntária com resultado involuntário).

Temos, no entanto, exceções, punindo-se a culpa independentemente de resultado naturalístico, como, por exemplo, no artigo 38 da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas): “*prescrever [...] culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente*”. O crime, nesta hipótese, se consuma com o ato da entrega da receita ao paciente, não importando se o paciente fez (ou não) uso do psicotrópico⁵⁸.

(D) Nexó entre conduta e resultado

Tratando-se, como mencionado, de crime que pressupõe resultado naturalístico, e em decorrência da teoria da *conditio sine qua non*, adotada no art. 13, *caput*, do Código Penal, deve estar presente a relação de causalidade entre a ação ou omissão voluntária e o resultado involuntário.

(E) Resultado (involuntário) previsível

Como já anunciado, o resultado do comportamento culposos é, em regra, inconsciente, não previsto pelo agente, apesar de previsível.

Excepcionalmente, no entanto, ainda que presente a previsão, não se descarta a culpa, desde que o agente acredite poder evitar o resultado, seja contando com a sua habilidade, seja com a sorte. Trata-se da culpa consciente.

O tipo penal culposos pressupõe, também, a **previsibilidade objetiva** do resultado, traduzida na possibilidade do portador de inteligência mediana ser capaz de concluir que sua conduta pode resultar no ilícito. A valoração da previsibilidade é feita pelo magistrado no momento em que aprecia a conduta mediante análise das características do homem médio, inseridas no caso concreto.

A previsibilidade é inafastável porque o alicerce do crime culposos é a inobservância do dever de cuidado, que só pode servir para balizar a conduta quando o agente tem a

57. Ob. cit. p 366.

58. Embora haja divergência doutrinária, entende-se que o artigo 13 do Estatuto do Desarmamento também traz hipótese de crime culposos sem resultado naturalístico, pois o delito se aperfeiçoaria independentemente do apoderamento da arma pelo menor ou deficiente mental. Lei nº 10.826/2003. Art. 13. *Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade.*

capacidade de antever que daquela ação um ilícito pode resultar. Imaginemos a situação em que o sujeito pilota uma lancha em alto-mar, em velocidade excessiva e efetuando manobras arriscadas. Em determinado momento, atropela e mata um homem que nadava tentando se salvar de um naufrágio. Indaga-se: é previsível que haja um homem nadando em alto-mar? A resposta é negativa; logo, é impossível punir o piloto por homicídio culposo, pois, se não é previsível que alguém esteja nadando naquele local, não se pode exigir do piloto que adote as cautelas necessárias para evitar o atropelamento.

Fala-se, ainda, em **previsibilidade subjetiva**, que, afastando-se do conceito de homem médio, estabelece a avaliação sobre a possibilidade de o agente prever a ocorrência do resultado por meio da análise de suas características pessoais. Alerta **CLEBER MASSON**, todavia, que a previsibilidade subjetiva, entendida como a possibilidade de conhecimento do perigo analisada sob o prisma subjetivo do autor, levando em consideração seus dotes intelectuais, sociais e culturais, não é elemento da culpa, mas será considerada pelo magistrado no juízo da culpabilidade, integrando o elemento da exigibilidade de conduta diversa⁵⁹.

(F) Tipicidade

Não se pune a conduta culposa, salvo quando houver expressa disposição em lei. A tipicidade (subsunção ao tipo penal) é exigência do artigo 18, parágrafo único do Código Penal: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”.

É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime de dano. Caso o sujeito, por negligência, imprudência ou imperícia, destrua, danifique ou inutilize coisa alheia, a sua ação não será considerada crime, por ausência de tipicidade.

Em regra, nos delitos culposos, a ação prevista no tipo não está descrita, tratando-se de **tipo penal aberto**, dependendo de complementação a ser dada pelo juiz quando da análise do caso concreto. No homicídio, por exemplo, a lei limita-se a anunciar: Art. 121, § 3º, CP: “*Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de um a três anos*”. Somente pela leitura do dispositivo, ao contrário do que ocorre na modalidade dolosa, não é possível saber quando um homicídio será culposo. Apenas a confrontação do fato com os conceitos inerentes à culpa possibilitará a segura conclusão a respeito da falta de cuidado no decorrer da conduta.

Esta indeterminação fomenta doutrina **minoritária** a lecionar que os crimes culposos de tipos abertos ferem o princípio da legalidade, mais precisamente o mandamento da taxatividade. A crítica, todavia, não procede, pois seria absolutamente impraticável que a lei, ao tipificar, por exemplo, o homicídio culposo, previsse taxativamente todas as hipóteses de imprudência, negligência ou imperícia capazes de fundamentar a conduta culposa. Pode-se até sustentar que o tipo penal aberto não é a forma ideal de tipificação porque a subsunção da conduta ao tipo ficará sempre condicionada à valoração do juiz,

59. Ob. cit. p. 283

admitindo certa discricionariedade. Trata-se, no entanto, da única forma viável de estabelecer a punição sobre fatos culposos.

Há casos, contudo, em que o legislador descreve a conduta tida como negligente, dispensando, nesse tanto, complemento judicial, fácil de perceber na receptação culposa: Art. 180, §3º do CP: *“Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso”*.

2.9.1.2.1. Espécies de culpa

São espécies de culpa:

(A) **Culpa consciente, com previsão** ou *ex lascivia*: o agente prevê o resultado, mas espera que ele não ocorra, supondo poder evitá-lo com a sua habilidade (mais que previsibilidade, existe previsão).

(B) **Culpa inconsciente, sem previsão** ou *ex ignorantia*: o agente não prevê o resultado, que, entretanto, era previsível. Neste caso, qualquer outra pessoa, naquelas circunstâncias, poderia prever a ocorrência daquele resultado.

(C) **Culpa própria** ou **culpa propriamente dita**: é aquela em que o agente não quer e não assume o risco de produzir o resultado, mas acaba lhe dando causa por negligência, imprudência ou imperícia.

(D) **Culpa imprópria** ou **culpa por equiparação, por assimilação, ou por extensão**: é aquela em que o agente, por erro evitável, imagina certa situação de fato que, se presente, excluiria a ilicitude do seu comportamento (descriminante putativa). Provoca **intencionalmente** determinado resultado típico, mas responde por culpa por razões de política criminal. Anuncia o art. 20, § 1º, do CP: *“Descriminantes putativas. § 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”*.

Imaginemos alguém, durante a madrugada, se depara num beco com seu desafeto colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Depois de atirar para matar, percebe que seu desafeto tirava do bolso um celular. Temos um caso de legítima defesa putativa. Percebamos que a estrutura do delito é dolosa, mas o agente é punido por culpa. Aliás, percebendo que a culpa imprópria nada mais é do que o dolo tratado circunstancialmente como culpa, de acordo com a maioria, o crime é compatível com o instituto da tentativa.

☒ **Quais as diferenças entre a culpa consciente e dolo eventual?**

A culpa consciente não pode ser confundida com o dolo eventual. Com efeito, se na culpa consciente o agente prevê o resultado e o **afasta**, no dolo eventual o agente prevê o resultado e **assume** o risco da sua ocorrência, agindo com evidente descaso com o bem jurídico.

O atirador de elite, que prevê a possibilidade de atingir a vítima do sequestro, mas afasta a ocorrência desse resultado por conta de sua técnica apurada, gerando o evento indesejado, responde por culpa consciente e não dolo eventual.

☒ *E o racha (competição de veículos automotores em via pública sem autorização legal)? Dolo eventual ou culpa consciente?*

De acordo com entendimento majoritário do **STJ**, é típica conduta animada por **dolo eventual**⁶⁰, uma vez que se entende que o motorista tem previsão da ocorrência de resultados lesivos, mas não se importa com essa concreta possibilidade, prosseguindo na sua ação ou omissão.

Note-se que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.971/14, o art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro foi acrescido de dois parágrafos que tratam da lesão corporal de natureza grave e da morte decorrentes da competição ilegal, qualificando este delito. O dispositivo destaca, nos parágrafos 1º e 2º, que as penas ali estabelecidas são aplicadas apenas se as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado **nem assumiu o risco** de produzi-lo. Diante do silêncio anterior do Código de Trânsito a este respeito, a esmagadora maioria dos casos envolvendo mortes em competições ilegais vinha sendo tratada, conforme já destacamos, como dolo eventual, que se manifestava só pelo fato de que no momento do acidente o agente participava de competição ilegal em via pública, adotando conduta de altíssimo risco, sem se importar com as consequências. A partir dessa nova disposição legal, que inseriu modalidades de crime preterdoloso no art. 308 (lesão grave ou morte culposa, decorrente da ação anterior dolosa de integrar a competição), a análise jurídica de eventos dessa natureza deverá se modificar, pois o fato de o condutor do veículo causar a morte de alguém no decorrer de uma competição ilegal em via pública lhe será atribuído a título de culpa, servindo para qualificar o crime, e, portanto, não poderá, por si, alicerçar a incidência do dolo eventual, cuja aplicação se restringirá a casos em que se evidenciar a indiferença do agente diante do resultado lesivo provável.

☒ *Como tratar o atropelamento praticado por motorista embriagado?*

Verifica-se, atualmente, a tendência de estabelecer o dolo eventual no homicídio cometido por motorista embriagado, especialmente quando a condução é combinada com alta velocidade. Argumenta-se que o condutor que se coloca sob estado de embriaguez assume conduta demasiadamente arriscada, admitindo a possibilidade de causar um acidente, e, como consequência, ferir ou matar alguém.

A questão, todavia, é mais complexa e exige atenção por parte do aplicador da lei.

O simples fato de o agente embriagado tomar a direção de um veículo e causar um acidente, ainda que imprima alta velocidade, não faz presumir que a conduta tenha sido

60. Trata-se da competição de veículo automotor não autorizada em via pública, também conhecida como “pega”.

permeada pelo dolo eventual. Afirmar que alguém previu a ocorrência do resultado e assumiu o risco de produzi-lo significa dizer que antecipou mentalmente que sua conduta poderia causar determinado resultado lesivo e se manteve insensível, aceitando aquele resultado como provável.

Não é, convenhamos, o que ocorre ao menos em grande parte dos casos, que decorrem, efetivamente, da imprudência do motorista que conduz o veículo sem apresentar condições psicomotoras adequadas. No exemplo de Rogério Greco, imaginemos aquele “que, durante a comemoração de suas bodas de prata, beba excessivamente e, com isso, se embriague. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para sua residência, pois quer assistir a uma partida de futebol que seria transmitida pela televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão do seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a sua família. Pergunta-se: Será que o agente, embora dirigindo embriagado e em velocidade excessiva, não se importava com a ocorrência dos resultados? É claro que se importava”⁶¹. (ob. cit. p. 215).

É fato que frequentemente motoristas embriagados causam acidentes de consequências drásticas e irreversíveis, como lesões graves e mortes; certo também que as penas cominadas à lesão corporal e ao homicídio no Código de Trânsito Brasileiro não são suficientes para assegurar a devida proteção a bens jurídicos da estatura da incolumidade física e da vida humanas. Mas esta deficiência há de ser suprida por meio da adequação da pena prescrita em lei, não pelo desvirtuamento do sistema penal. Na imputação criminal, o aspecto subjetivo da conduta é obviamente de vital importância e, por isso, deve ser tão precisamente extraído quanto seja possível, consideradas as circunstâncias do fato. É admissível atribuir o dolo eventual à conduta do motorista embriagado, desde que reste evidência de que o agente se viu diante de um resultado lesivo iminente e se manteve indiferente em relação às implicações de seu proceder.

Embora o tema seja polêmico, os Tribunais Superiores, majoritariamente, entendem que o crime cometido na **condução de veículo automotor** sob o efeito de álcool ou substância de efeitos análogos é crime culposo (culpa consciente) e não doloso (como dolo eventual). Neste sentido:

“O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo”⁶².

61. Ob. cit. vol. I, p. 215

62. STF – Primeira Turma – HC 107801 – Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux – DJe 13/10/2011.

Em resumo:

	Consequência	Vontade
Dolo Direto	Tem previsão	A vontade se resume num querer.
Dolo Eventual	Tem previsão	A vontade se resume em assumir risco (aceitar como possível o resultado).
Culpa Consciente	Tem previsão	O agente não quer nem aceita o resultado, acreditando poder evitar o resultado.
Culpa Inconsciente	Não tem previsão, mas previsibilidade (o agente não prevê o que era previsível).	O agente não quer nem aceita o resultado.

☒ **Existe compensação de culpas no Direito Penal?**

A **compensação de culpas**, comum no Direito Privado, é incabível em matéria penal. Presente a negligência do acusado e da vítima, não se admite a compensação de culpas. Pode, no entanto, a culpa concorrente da vítima atenuar a responsabilidade do acusado, nos exatos termos do artigo 59 do Código Penal⁶³.

☒ **E a concorrência de culpas?**

Responde FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Dá-se a concorrência de culpas quando dois ou mais agentes, culposamente, contribuem para a eclosão do resultado naturalístico. Todos respondem pelo evento lesivo, por força da teoria da conditio *sine qua non*.

Não se confunde a co-autoria, em que diversos agentes realizam de comum acordo a conduta culposa, com a concorrência de culpas, em que diversos agentes realizam a conduta culposa sem que haja entre eles qualquer liame psicológico”⁶⁴.

2.9.1.2.2. Exclusão da culpa

Há, basicamente, quatro situações em que a culpa pode ser afastada:

(A) **caso fortuito e força maior**: vimos que um dos pressupostos para o crime culposos é a previsibilidade do resultado, isto para que o agente possa adotar em sua conduta os cuidados necessários para não causar lesão a nenhum bem jurídico. O caso fortuito e a força maior se inserem entre os fatos imprevisíveis, que não se submetem à vontade de ninguém. Logo, o resultado daí advindo não pode fundamentar a punição por culpa.

63. CP. Art. 59. *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.* (grifamos)

64. Ob. cit. p. 241

(B) princípio da confiança: o dever objetivo de cuidado se estabelece sobre todos os indivíduos e, por isso, pode-se confiar que todos procedam de forma a permitir a pacífica convivência em sociedade. Dessa forma, se alguém age nos limites do dever de cuidado, confiando que os demais procedam da mesma forma, não responde por eventual resultado lesivo involuntário em que se veja envolvido. Ex.: o motorista que conduz seu veículo com a atenção necessária, em velocidade compatível para a via, pode confiar que o pedestre atravessasse apenas na faixa de segurança. Caso o pedestre, repentinamente, ponha-se a atravessar a via em local não adequado, cruzando o caminho do automóvel e seja atropelado, o condutor não será punido por culpa.

(C) erro profissional: conforme já adiantamos, o erro profissional não se confunde com a imperícia. Esta última se verifica nas situações em que o agente, embora autorizado a desempenhar determinada função, não tem habilidade prática ou teórica para tanto. O erro profissional, que não caracteriza a culpa, decorre da falibilidade dos métodos científicos. Neste caso, o agente é apto a desempenhar a função e atua conforme as regras atinentes, mas isso não se mostra suficiente.

(D) risco tolerado: o comportamento humano, no geral, atrai certa carga de risco que, se não tolerada, impossibilitaria a prática de atividades cotidianas básicas e tornaria proibitivo o desenvolvimento pessoal e o progresso científico e tecnológico. Quanto mais essenciais forem determinados comportamentos, maior deverá ser a tolerância em relação aos riscos que trazem às relações humanas, afastando-se, consequentemente, qualquer reprovação que pudesse limitar a sua adoção. É o caso, por exemplo, do médico que realiza procedimento experimental em paciente com doença grave, sem perspectiva de tratamento adequado pelos métodos já consagrados.

2.9.1.3 Do crime preterdoloso

No crime preterdoloso, o agente pratica delito distinto do que havia projetado cometer, advindo da conduta dolosa resultado culposo mais grave do que o projetado. O comportamento é doloso, mas o resultado (mais grave) é involuntário.

Cuida-se, portanto, de figura criminosa híbrida, havendo verdadeiro concurso de dolo e culpa no mesmo fato (dolo no antecedente – conduta – e culpa no consequente – resultado)⁶⁵.

Exemplo clássico de crime preterdoloso é a lesão corporal seguida de morte⁶⁶. Com efeito, nesta hipótese, o agente quer a lesão, porém, por negligência, imprudência ou imperícia, dá causa a resultado mais grave, qual seja, a morte.

65. Bento de Faria discorda, sustentando não ser possível atribuir ao mesmo fato duas causas psicológicas diversas – o dolo e a culpa (Ob. cit., p. 214).

66. CP. Art. 129. *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 3º – Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo. Por oportuno, anote-se que o crime de lesão corporal seguida de morte tem na conduta antecedente o dolo de lesionar. Deste modo, caso alguém tenha o dolo de praticar **vias de fato** contra outrem*

Como se nota, trata-se de espécie de crime qualificado pelo resultado (art. 19 do CP)⁶⁷. Explica Nucci:

“Na realidade, o crime qualificado pelo resultado é gênero no qual há a espécie preterdolosa. Esta última é, particularmente, caracterizada por admitir somente dolo na conduta antecedente (fato-base) e culpa na conduta consequente (produtora do evento qualificador), além de exigir que o interesse jurídico protegido seja o mesmo, tanto na conduta antecedente, como na consequente – ou pelo menos do mesmo gênero. Tal situação pode ocorrer, com exatidão, na lesão corporal seguida de morte”.

São **elementos** do crime preterdoloso:

(i) **a conduta dolosa visando determinado resultado,**

(ii) **a provocação de resultado culposo mais grave que o desejado,**

(iii) **o nexo causal** entre conduta e o resultado e

(iv) **tipicidade**, pois não se pune o crime preterdoloso sem previsão expressa em lei.

Percebe-se que o resultado que agrava a pena deve ser ao menos previsível. Caso seja imprevisível, não é possível imputá-lo ao agente, ainda que haja nexo causal. Por esse motivo, o resultado mais grave que advém de caso fortuito ou força maior não pode ser atribuído ao sujeito ativo. Deste modo, se dois desafetos brigam na areia da praia e um deles é derrubado, não poderá haver punição por lesão corporal seguida de morte se o capoeirista derrubado bate a cabeça na areia e, por conta de uma pedra cuja existência não poderia ser antevista, vem a óbito. É que, neste caso, era imprevisível a existência da pedra (o que não ocorreria se ambos estivessem lutando em terreno rochoso). O briguento sobrevivente responde por lesão corporal.

Na mesma esteira, deve-se registrar que a culpa tem de ser provada, **vedada a sua presunção**. No exemplo citado, o fato de alguém se envolver em uma contenda com o propósito de ferir outro indivíduo não autoriza que a morte eventualmente decorrente lhe seja automaticamente imputada.

☒ ***O reincidente em crime preterdoloso deve ser tratado como reincidente em crime doloso ou culposo?***

Dependendo da resposta podemos estar excluindo do condenado reincidente determinados benefícios, como, por exemplo, o “sursis” (art. 77 do CP), não permitido para

e desta conduta advier o resultado morte, o delito praticado será o de homicídio culposo (ex: “A” empurra “B” numa boate e “B”, em decorrência do empurrão, bate a cabeça numa mesa e morre. “A” responderá por homicídio culposo).

67. Existem outras modalidades de crime qualificado pelo resultado, a depender do caso concreto: **dolo** na conduta antecedente e no resultado subsequente (ex: latrocínio); **culpa** na conduta antecedente e **culpa** no resultado (ex: incêndio culposo qualificado pela lesão grave ou morte).

reincidentes em crimes dolosos. **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**, não sem razão, assim se posiciona:

“Ingressa o crime preterdoloso na categoria dos crimes de duplo resultado. O dolo do agente abrange apenas resultado menos grave (ex: vontade de ferir). O resultado mais grave (ex: a morte involuntária), porém, lhe é atribuído a título de culpa.

O reincidente em crime preterdoloso, contudo, deve ser tratado como reincidente em crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo mais grave realiza-se, por completo, um crime doloso menos grave.”⁶⁸.

2.9.2. Erro de tipo

Erro de tipo está previsto no artigo 20, *caput*, do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

Nesse caso, o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade⁶⁹. Cuida-se de ignorância ou erro que recai sobre as **elementares, circunstâncias** ou **quaisquer dados** que se agregam a determinada figura típica.

São exemplos de erro de tipo (A) a mulher que sai às pressas da sala de aula e, por engano, leva a bolsa de sua colega, muito parecida com a sua; (B) ou o caçador que atira e mata o seu colega de caça, depois que este, sem avisar, se disfarçara de urso para pregar-lhe uma peça.

Nas duas hipóteses, a conduta do sujeito se amolda a um tipo penal (furto – art. 155, CP e homicídio – art. 121, CP, respectivamente), entretanto é fácil concluir que faltou em cada uma das situações a correta representação da realidade por parte do autor.

2.9.2.1. Erro de tipo x Erro de proibição

Erro de tipo é figura que não se confunde com **erro de proibição**. Com efeito, no erro de proibição⁷⁰, o equívoco não recai sobre os elementos ou dados agregados ao tipo, mas sobre a ilicitude da conduta praticada. Pode-se dizer que, no erro de tipo o agente não sabe exatamente o que faz, enquanto no erro de proibição o agente sabe exatamente o que faz, porém ignora o caráter ilícito do seu ato.

Erro de tipo	Erro de proibição
Há falsa percepção da realidade que circunda o agente	O agente percebe a realidade, equivocando-se sobre regra de conduta.

68. Ob. cit. p. 247.

69. O erro não se confunde com ignorância. Na ignorância o sujeito desconhece completamente a realidade, enquanto no erro existe conhecimento, mas equivocado. O Código Penal, entretanto, os equipara, tratando ambos como erro.

70. O erro de proibição será mais bem estudado quando da análise da culpabilidade.

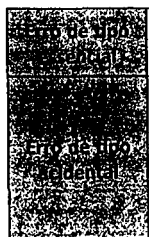
Erro de tipo	Erro de objeto (b)
O agente não sabe o que faz.	O agente sabe o que faz, mas ignora ser proibido.
"A" sai de festa com guarda-chuva pensando ser seu, mas logo percebe que errou, pois o objeto é de terceiro.	"A" encontra um guarda-chuva na rua e acredita que não tem obrigação de devolver, porque "achado não é roubado".

2.9.2.2. Erro de tipo: espécies

O erro de tipo pode ser dividido em duas espécies: o **erro de tipo essencial** e o **erro de tipo accidental**.

No **essencial**, o erro recai sobre os dados principais do tipo penal, enquanto que no **accidental**, recai sobre dados secundários. No primeiro, se avisado do erro, o agente para de agir criminosamente; no segundo, o agente corrige os caminhos ou sentido da conduta e continua agindo de forma ilícita.

O erro de tipo **essencial** pode ser **inevitável** ou **evitável**, enquanto que o erro de tipo **accidental** possui cinco subespécies: erro sobre o **objeto**, erro sobre a **pessoa**, erro na **execução**, **resultado diverso do pretendido** e erro sobre o **nexo causal**.

	a) inevitável
	b) evitável
	a) sobre o objeto
	b) sobre a pessoa
	c) na execução
	d) resultado diverso do pretendido
	e) sobre o nexo causal

Vamos estudar cada espécie, separadamente.

(A) Erro de tipo essencial

Como expusemos, o erro de tipo essencial recai sobre elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica. Sua disciplina se encontra no artigo 20, *caput*, do Código Penal, que dispõe: "*O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei*".

Imaginemos um caçador que atira contra um arbusto pensando que lá se esconde um animal. Ao se aproximar, percebe que matou alguém. O atirador não sabia da existência da elementar "alguém", praticando um homicídio sem ter consciência.

As consequências desta espécie de erro vão depender se inevitável ou evitável:

1) **inevitável**: também conhecido como justificável, escusável ou invencível, configura o erro imprevisível, excluindo o dolo (por não haver consciência) e culpa (pois ausente a previsibilidade).

2) **evitável**: também conhecido como injustificável, inescusável ou vencível, cuida-se do erro previsível, só excluindo o dolo (por não existir consciência), mas punindo

a culpa (se prevista como crime), pois havia possibilidade de o agente conhecer do perigo⁷¹.

☑ *Como aferir a (in)evitabilidade do erro?*

A corrente **tradicional** invoca a figura do “**homem médio**” por entender que a previsibilidade deve ser avaliada tão-somente sob o enfoque objetivo, levando em consideração estritamente o fato e não o autor. Nesse sentido, explica **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“Erro invencível ou escusável é o que não emana da culpa do agente. Ainda que empregasse a atenção do ‘homem médio’, o erro ter-se-ia verificado. Erro vencível ou inescusável é o que emana da culpa do agente. Para evitá-lo bastaria a atenção normal do ‘homem médio’”⁷².

Uma corrente mais **moderna**, não sem razão, trabalha com as circunstâncias do caso concreto, pois percebe que o grau de instrução, idade do agente, momento e local do crime podem interferir na previsibilidade do agente (circunstâncias desconsideradas na primeira orientação).

Lembrando o exemplo usado para explicar o instituto, se o caçador agiu em mata densa, longe do centro urbano, certamente seu erro será considerado inevitável, ficando isento de pena. Se, no entanto, agiu em mata próxima a centro habitado, ciente de que outros acidentes ocorreram na região, não observando o seu dever de cuidado, seu erro será etiquetado como evitável, respondendo por crime culposos.

(B) Erro de tipo accidental

Accidental é o erro que recai sobre dados secundários, periféricos do tipo. A intenção criminosa é manifesta, incidindo naturalmente a responsabilidade penal. Conclui **BENTO DE FARIA**:

“nenhuma alteração se produz nem na natureza íntima da intenção, nem nos efeitos do crime, e por isso não pode o erro accidental aproveitar ao agente, quer para os efeitos da imputabilidade, quer para os da penalidade”⁷³.

São cinco as espécies de erro de tipo accidental:

(B.1) Erro de tipo accidental sobre o objeto (*error in objecto*)

O erro sobre o objeto não tem previsão legal, mas é discutido pela doutrina.

71. Paulo Queiroz bem adverte: “Pode o erro de tipo acarretar outros efeitos que não a exclusão do dolo ou da culpa, como a desclassificação do delito. Assim, se o sujeito desacatar funcionário público, desconhecendo essa sua qualidade, poderá responder não por desacato (CP, art. 331), mas por crime contra a honra (v.g., injúria)”. (Ob. cit., p. 202).

72. Ob. cit. p. 202.

73. Ob. cit., p. 215.

Trata-se da hipótese em que o agente confunde o objeto material (coisa) visado, atingindo outro que não o desejado.

Exemplo: a pessoa ingressa numa loja para subtrair um relógio de ouro, mas acaba furtando um relógio dourado, confundindo, portanto, o objeto visado⁷⁴.

A **consequência** do erro sobre o objeto é punição do agente pela conduta praticada, respondendo pelo delito considerando-se o objeto material (coisa) **efetivamente atingido**. Percebe-se, portanto, que o erro sobre o objeto **não** exclui dolo, não exclui a culpa e não isenta o agente de pena, considerando-se na sua punição o objeto diverso do pretendido.

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, no entanto, pensa diferente:

“Pelo princípio unitário (o do desdobramento é impossível com a espécie, pois inexistente fragmentação do elemento volitivo), responde o agente como se tivesse empolgado o objeto realmente querido, imputando-se-lhe, no caso figurado, o delito de furto consumado”⁷⁵.

Pensamos diferente. Por falta de previsão legal, parece mais acertado (e justo) o juiz, na dúvida, considerar o objeto mais favorável ao réu, observando o caso concreto. O agente vai ser punido pelo crime praticado, mas considerando o objeto desejado ou atacado, sempre o mais benéfico (imaginemos que um deles permite o privilégio).

(B.2) Erro de tipo acidental quanto à pessoa (*error in persona*)

O erro quanto à pessoa está previsto no artigo 20, §3º, do Código Penal, que assim dispõe:

“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Nesta espécie de erro, há uma equivocada representação do objeto material (pessoa) visado pelo agente. Em decorrência deste erro, o agente acaba atingindo pessoa diversa.

Percebe-se que o erro quanto à pessoa implica na existência de duas vítimas: uma **real** (pessoa realmente atingida) e uma **virtual** (pessoa que se pretendia atingir). O agente, na execução, confunde as duas.

Exemplo: “A” quer matar seu próprio pai, porém, representando equivocadamente a pessoa que entra na casa, acaba matando o seu tio. “A” será punido por parricídio, embora seu pai permaneça vivo⁷⁶.

74. Somente haverá esta espécie de erro se a confusão de objetos materiais não interferir na essência do crime, pois, caso contrário, deve ser tratado como erro de tipo essencial (ex: senhora que cultiva no quintal da sua casa pé de maconha imaginando ser planta ornamental).

75. Ob. cit. p. 529.

76. E se a vítima que se pretende atingir (no exemplo, o pai do agente), já está morta no momento da conduta? Se são consideradas as suas características pessoais, há crime impossível, embora tenha

O erro quanto à pessoa **não** exclui o dolo, não exclui a culpa e não isenta o agente de pena, mas na sua punição devem ser consideradas as qualidades ou condições pessoais da vítima virtual (pretendida). O nosso Código adotou a teoria da equivalência, como explica PAULO QUEIROZ:

“É que, de acordo com a *teoria da equivalência* adotada pelo Código, ‘não se consideram as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime’ (CP art. 20, § 3º). A solução seria diferente se o Código tivesse adotado a *teoria da concretização*, hipótese em que o agente responderia pelo que de fato aconteceu: se querendo matar o pai, matou um estranho, responderia por matar um estranho”⁷⁷.

É importante observar que no erro quanto à pessoa o sujeito executa perfeitamente a conduta criminosa (não há falha operacional), enganando-se no momento de representar o alvo.

(B.3) Erro de tipo acidental na execução

Também conhecido como *aberratio ictus*, o erro na execução é disciplinado pelo artigo 73 do Código Penal⁷⁸:

“Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Cuida-se, em resumo, do *acidente ou erro no uso dos meios de execução* e, por consequência, o agente acaba atingindo pessoa diversa da pretendida – **embora corretamente representada**.

Exemplo: “A” mira seu pai, entretanto, por falta de habilidade no uso da arma, acaba atingindo um vizinho que passava do outro lado da rua.

O erro na execução, como se nota, **não se confunde** com o erro quanto à pessoa:

Erro de Tipo Pessoa	Erro na Execução
Há equívoco na representação da vítima pretendida.	Representa-se bem a vítima pretendida.

ocorrido a morte da pessoa que não era objeto da conduta? A resposta é negativa, pois, neste caso, considera-se a hipótese de que a vítima virtual estivesse viva. Assim, na situação em que “A” quisesse matar seu pai, mas, representando equivocadamente o alvo, matasse seu tio, e seu pai já estivesse morto naquele momento, considera-se a hipótese de que estivesse vivo e pudesse ter sido alvo da conduta, o que acarreta a responsabilidade penal por parricídio.

77. Ob. cit., p. 212.

78. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Concurso formal	Concurso material
A execução do crime é correta (não há falha operacional)	A execução do crime é errada (ocorre falha operacional).
A pessoa visada não corre perigo, pois confundida com outra.	A pessoa visada corre perigo, não sendo confundida.
Nos dois casos o agente responde pelo crime cometido considerando as qualidades da vítima virtual, pretendida.	

São **duas** as possíveis **consequências** do erro na execução.

1) Se o agente atingir **apenas** a pessoa diversa da pretendida (***aberratio ictus de resultado único***), será punido pelo crime, considerando-se, contudo, as condições e qualidades da vítima desejada (no nosso exemplo, pai) e não da vítima efetivamente atingida (o vizinho).

2) Se, no entanto, o agente atingir **também** a pessoa diversa da pretendida (***aberratio ictus com unidade complexa ou resultado duplo***), será punido pelos dois crimes, em concurso formal.

No exemplo acima, se “A” atingir seu pai, ceifando a sua vida, e, sem querer, também seu vizinho, que sofre lesões, será punido por homicídio doloso (do pai) e lesões culposas (do vizinho), aplicando-se o sistema em **concurso formal de delitos** (art. 70, CP⁷⁹).

O assunto ganha interesse, despertando divergência na doutrina, no caso de o agente, com intenção de matar, atingir a vítima desejada (FULANO), mas acaba matando, sem querer, apenas outra pessoa (BELTRANO). Para uma primeira corrente (Damásio), o atirador responderia, em concurso formal, por homicídio doloso consumado, como se tivesse matado FULANO (vítima desejada), em concurso formal com lesão culposa, como se tivesse ferido BELTRANO (vítima efetivamente morta). Para outra (Fragoso), o atirador deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio de FULANO e homicídio culposo de BELTRANO, em concurso formal.

Em qualquer das situações, percebe-se que o erro **não** exclui o dolo, não exclui a culpa e não gera isenção de pena.

A doutrina moderna, percebendo que o art. 73 do CP anuncia que o engano pode derivar de “...acidente ou erro no uso dos meios de execução...”, diferencia a ***aberratio ictus*** em: **duas** espécies:

A **primeira, *aberratio ictus por acidente***, caracteriza-se por não haver erro no golpe, mas desvio na execução, podendo a pessoa visada estar ou não no local.

79. CP. Concurso formal. Art. 70 – Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Exemplos: (A) “X” coloca bomba no carro para explodir quando sua vítima “Y” ligar o carro, mas quem liga o carro é a esposa de “Y”; (B) a mulher pretende matar o marido, colocando veneno na marmitta que o marido leva diariamente ao trabalho, entretanto o marido esquece a marmitta em casa e quem acaba comendo a comida envenenada é o filho.

A segunda, *erro no uso dos meios (instrumentos) de execução*, existe erro no golpe, ou, em outras palavras, desvio na execução em razão da inabilidade do agente no manuseio ou uso dos meios utilizados na execução do crime. Neste caso, a vítima se encontra no local da execução do delito.

Exemplo: “A” percebe seu pai se aproximando e mira corretamente visando atingir o ascendente, mas, por inabilidade, acaba atingindo o seu vizinho.

(B.4) Resultado diverso do pretendido

O resultado diverso do pretendido, também chamado de *aberratio criminis* ou *aberratio delicti*, representa a situação em que o agente, também por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge bem jurídico distinto daquele que pretendia atingir. Anuncia o artigo 74 do Código Penal: *Fora dos casos do artigo anterior [artigo 73, erro na execução], quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

Percebe-se, assim, que tanto a *aberratio ictus* quanto a *aberratio criminis* são espécies de erro na execução, todavia, enquanto o primeiro erro faz com que o agente ataque **pessoa** diversa da pretendida (pessoa x pessoa), no segundo, o agente provoca lesão em bem jurídico diverso do pretendido (coisa X pessoa).

Exemplo: “A” quer danificar o carro que “B” está conduzindo, entretanto, por erro na execução, atinge e mata o motorista. Queria praticar dano, mas acaba produzindo morte.

Erro na execução		
Tipo de erro	<i>Aberratio Ictus</i>	<i>Aberratio Criminis</i>
Previsão Legal	Art. 73 do CP	Art. 74 do CP
Conceito	O agente, apesar do erro, atinge o mesmo bem jurídico de pessoa diversa. O resultado produzido (vida) coincide com o resultado pretendido (vida).	O agente, em razão do erro, atinge bem jurídico diverso. Resultado produzido diverso (vida) do resultado pretendido (patrimônio).
Relação	Há uma relação pessoa X pessoa.	Há uma relação coisa X pessoa.

Ocorrendo resultado diverso do pretendido, a **consequência** para o agente não poderá ser a isenção de pena. Neste caso, responderá pelo resultado diverso do pretendido, porém a título de culpa (se houver previsão legal). No nosso exemplo, “A”, responderá por homicídio culposos (ficando absorvida a tentativa de dano).

Como ocorre no *aberratio ictus*, entretanto, se o agente atingir **também** o resultado pretendido, responderá pelos dois crimes, em concurso formal de delitos.

Alertamos, porém, que a regra do artigo 74 do Código Penal deverá ser afastada quando o resultado pretendido seja mais grave que o produzido, evitando-se a impunidade. FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS, com maestria, exemplifica e explica a questão:

“O art. 74, 1ª parte, do CP, deve ser interpretado restritivamente, sob pena de gerar soluções absurdas. Tome-se o seguinte exemplo: “A” atira em “B”, para matá-lo, erra o alvo e, por culpa, acaba destruindo uma planta. Vale lembrar que o art. 49, parágrafo único, da Lei 9.605/98, passou a incriminar, o dano culposo em plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Uma interpretação gramatical do art. 74 faria com que o agente respondesse apenas pelo delito do art. 49 da citada lei. Por isso; deve ser interpretada restritivamente, porque disse mais do que quis. Assim, quando o art. 74 do CP enuncia que o agente deve responder tão-somente pelo resultado produzido, leia-se: ‘desde que o resultado produzido seja um crime mais grave do que o visado pelo agente’. Desnecessário dizer a incoerência de um dano culposo absorver uma tentativa de homicídio. Portanto, no exemplo ministrado, haverá tão-somente a tentativa de homicídio”⁸⁰.

Em síntese:

Erro sobre o objeto	Coisa	Coisa (diversa)
Erro sobre a pessoa	Pessoa	Pessoa (diversa)
Erro na execução (<i>aberratio ictus</i>)	Pessoa	Pessoa (diversa)
Resultado diverso do pretendido (<i>aberratio criminis</i>)	Coisa	Pessoa
Tentativa (erro na execução com resultado atingido menos valioso que o resultado pretendido)	Pessoa	Coisa

(B.5) Erro sobre o nexa causal

O erro sobre o nexa causal não possui previsão legal, sendo estudado apenas pela doutrina. É o caso em que o resultado desejado se produz, mas com nexa diverso, de maneira diferente da planejada pelo agente. Divide-se em **duas** espécies.

80. Ob. cit. p. 256.

A primeira é erro sobre o **nexo causal em sentido estrito**. Ocorre quando o agente, mediante **um só ato**, provoca o resultado visado, porém com outro nexo de causalidade.

Exemplo: “A” empurra a “B” de um penhasco para que ele morra afogado, porém, durante a queda, “B” bate a cabeça contra uma rocha e morre em razão de um traumatismo craniano.

A segunda é o **dolo geral** ou *aberratio causae*, espécie em que o agente, mediante conduta desenvolvida em **pluralidade de atos**, provoca o resultado pretendido, porém com outro nexo.

Exemplo: “A” atira em “B” (primeiro ato) e, imaginando que “B” está morto, joga seu corpo no mar, vindo “B” a morrer por afogamento.

A **consequência** que prevalece, no entanto, é a punição do agente por um só crime (*princípio unitário*), desejado desde o início, a título de dolo (nos exemplos acima, homicídio consumado), considerando-se, aliás, o nexo ocorrido (e não o pretendido)⁸¹.

Ousamos discordar. Como já alertamos no erro sobre o objeto, não havendo previsão legal, parece mais acertado (e justo) o juiz, na dúvida, considerar o nexo mais favorável ao réu, aquilutando o caso concreto. O agente vai ser punido pelo crime praticado, mas considerando o nexo desejado ou realizado, sempre o mais benéfico (imaginemos que um nexo gera qualificadora, enquanto o outro permite a forma simples do delito).

2.9.2.3. Erro de tipo: questões complementares

(A) Erro de tipo essencial x delito putativo por erro de tipo

Tanto no erro de tipo essencial quanto no delito putativo por erro de tipo (também chamado de **delito de alucinação**) há uma falsa percepção da realidade. Em ambas as hipóteses, o agente não sabe exatamente o que faz. Não obstante, diferenciam-se as duas situações porque no erro de tipo o agente pratica tipo penal sem querer, enquanto que no delito putativo por erro de tipo o agente pratica um fato atípico sem querer.

É exemplo de erro de tipo o caçador que atira em uma pessoa fantasiada, acreditando tratar-se de urso gigante. Haverá delito putativo por erro de tipo no caso do visitante de um museu de cera que atira num boneco acreditando que mata alguém.

81. Temos corrente minoritária, com base no *princípio do desdobramento*, defendendo a cisão do elemento volitivo, imputando-se ao agente dois crimes distintos, em concurso material. Assim, lembrando o nosso exemplo em que “A” atira contra “B”, e, imaginando que “B” está morto, joga seu corpo no mar, deveria o sujeito ativo ser punido por tentativa de homicídio (“A” atira contra “B”) e homicídio culposo (morte por afogamento). Neste sentido adverte Juárez Cirino dos Santos: “Atualmente, um setor da doutrina resolve a hipótese como tentativa de homicídio, em concurso com homicídio imprudente, sob o argumento de o dolo deve existir ao tempo do fato”. Cita o autor as obras de Kristian Kühl (*Strafrecht*, 1994, §13, ns. 46-48, p. 448) e Reinhart Maurach e Heinz Zipf (*Strafrecht*, 1992, §23, n. 33) (Ob. cit., p. 89).

Em resumo:

Erro de tipo elemental	Erro de tipo atípico
Há uma falsa percepção da realidade. O agente não sabe o que faz.	
O agente imagina praticar um indifferente penal. Acha estar agindo licitamente .	O agente imagina praticar fato típico. Acha estar agindo ilicitamente .
O agente ignora a presença de uma elemental ("alguém") no delito "matar alguém").	O agente ignora a ausência da elemental (pois o boneco não é "alguém").
O agente pratica o tipo penal sem querer.	O agente pratica um fato atípico sem querer (crime imaginário).
Ex: O agente atira contra pessoa imaginando ser boneco de cera.	Ex: O agente atira contra estátua de cera imaginando ser pessoa*.
*. Percebe-se que o delito putativo por erro de tipo não passa de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material (art. 17 do CP).	

(B) Erro de tipo x competência para processo e julgamento

O erro de tipo é matéria de direito penal, sem previsão no Código de Processo. Logo, não reflete na competência para o processo e julgamento do crime praticado, determinada pela vítima efetiva (real) e não pela vítima pretendida.

Neste sentido já decidiu o STJ:

*Ainda que tenha ocorrido a aberratio ictus, o militar, na intenção de cometer o crime contra colega da corporação, outro militar, na verdade, acabou praticando-o contra uma vítima civil, tal fato não afasta a competência do juízo comum. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado*⁸².

(C) Erro de subsunção

Sem previsão legal, o erro de subsunção ocorre quando o agente decifra equivocadamente o sentido jurídico do seu comportamento. Explicam **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO MOLINA**:

"Erro de tipo e erro de subsunção: neste último caso, que retrata uma situação jurídica penalmente irrelevante, o erro do agente recai sobre conceitos jurídicos, ou seja, sobre a compreensão do sentido jurídico de um requisito (normativo) previsto no tipo legal. No erro de subsunção há, portanto, uma valoração jurídica equivocada, isto é, uma interpretação jurídica errônea do que está contido no tipo. O erro de subsunção não afasta a responsabilidade penal do agente"

⁸³.

82. STJ – Terceira Seção – CC 2736E – Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, DJ 27/11/2000. No mesmo sentido: STJ, CC 41.057/SP.

83. Ob. cit. vol. 2, p. 263.

Não se confunde com erro de tipo, pois não há falsa percepção da realidade. Também não se confunde com erro de proibição, vez que o agente sabe da ilicitude do seu comportamento.

São **exemplos** de erro de subsunção: (A) o agente “A” pratica a falsificação de um cheque. Ao ser interrogado, alega que ignorava que o cheque é documento equiparado a documento público⁸⁴; (B) o jurado solicita vantagem indevida ignorando a sua condição de funcionário público.

Esta espécie de erro, como alertado, não exclui dolo, tampouco a culpa do agente. Também não o isenta de pena.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS explica o porquê da responsabilização deste erro:

“O cidadão comum não pode conhecer todos os conceitos jurídicos, empregados pelo legislador; contudo, mediante a chamada *avaliação paralela na esfera do leigo* pode esse cidadão identificar os significados subjacentes aos conceitos jurídicos, porque integrantes da cultura comum que orienta as decisões da vida diária, como ocorre em relação ao conceito de *documento*”⁸⁵.

Embora não haja isenção da pena, conforme a situação pode incidir a atenuante genérica do artigo 66⁸⁶ do Código Penal. Assim, nos exemplos anteriormente reproduzidos, o agente “A” responderá por falsificação de documento público (art. 297, CP) e o jurado responderá pelo crime de corrupção passiva (art. 317, CP), com atenuante de pena.

(D) Erro provocado por terceiro

No erro de tipo o agente erra por conta própria, por si só. Já no erro determinado por terceiro, previsto no artigo 20, §2º do Código Penal, temos um erro induzido, figurando dois personagens: o agente provocador e o agente provocado. Trata-se de erro não espontâneo que leva o provocado à prática do delito.

O erro determinado por terceiro tem como **consequência** a punição do agente provocador, na condição de **autor mediato**⁸⁷. Se o erro foi determinado dolosamente, responderá pelo crime na modalidade dolosa; se foi determinado culposamente, responderá por delito culposos.

O agente provocado (**autor imediato**), em regra, não responderá por crime. Entretanto, caso tenha agido com dolo ou culpa, responderá também pelo delito.

Exemplo: um médico, com intenção de matar seu paciente, induz dolosamente a enfermeira a administrar dose letal ao enfermo. O médico (**autor mediato**) responderá por

84. CP. Art. 297, § 2º. *Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.*

85. Ob. cit., p. 82.

86. CP. Art. 66. *A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*

87. Este tema será mais bem explorado quando do estudo específico do concurso de pessoas.

homicídio doloso, enquanto a enfermeira (**autor imediato**), em regra, fica isenta de pena, salvo se demonstrada a sua negligência, hipótese em que será responsabilizada a título de culpa.

2.9.3. Quanto ao modo de execução

2.9.3.1. Crime comissivo

O Direito Penal protege determinados bens jurídicos proibindo condutas consideradas desvaliosas.

O crime comissivo nada mais é do que a realização (ação) de uma conduta desvaliosa proibida pelo tipo penal incriminador. Viola um tipo proibitivo.

Exemplos: matar alguém (art. 121 do CP), subtrair coisa, para si ou para outrem, coisa alheia móvel (art. 155 do CP), falsificar, no todo ou em parte, ou alterar, documento público (art. 297 do CP) etc.

Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Crimes comissivos são aqueles que apresentam núcleo que, pela sua índole e natureza, comporta forçosamente atuação de aspecto positivo. Elemento nuclear comissivo, por via de consequência, é o que pressupõe a movimentação física e corpórea do agente no mundo exterior, um desprendimento de sua energia destinado à realização da ação típica. Há mister, em casos tais, como condição indeclinável para a realização da conduta incriminada, que o sujeito ativo aja ostensivamente no plano fenomênico. Deve ele fazer alguma coisa e proceder de forma positiva para a concreção da conduta punível. Tem que desenvolver comportamento dinâmico endereçado à concretização do núcleo típico, denotando fisicidade para o mister”⁸⁸.

2.9.3.2. Crime omissivo

Nos crimes omissivos ocorre o inverso dos comissivos, isto é, bens jurídicos podem ser tutelados com a proibição de abstenção de condutas valiosas.

O crime omissivo é a não realização (não fazer) de determinada conduta valiosa (comportamento ideal) a que o agente estava juridicamente obrigado e que lhe era possível concretizar. Viola um tipo mandamental.

Exemplos: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (art. 135 do CP), deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP).

88. Ob. cit. p. 127-8.

Não podemos confundir, portanto, tipo proibitivo com tipo mandamental:

Tipo proibitivo	Tipo (não) mandamental
Descreve conduta desvaliosa	Descreve conduta valiosa
É violado por ação (o agente realiza o que o tipo proíbe)	É violado por omissão (o agente não realiza o que o tipo manda)

A norma mandamental (que determina a ação valiosa) pode decorrer **do próprio tipo penal**, quando o tipo descreve a omissão (exemplo: *deixar de prestar assistência* – omissão de socorro) ou **de cláusula geral**, quando o dever de agir está descrito em norma geral, e não no tipo. É dentro dessa perspectiva que a doutrina divide os crimes omissivos em **próprios e impróprios**⁸⁹.

(A) Crime omissivo próprio (ou puro)

No crime omissivo próprio ocorre o descumprimento de norma imperativa, que determina a atuação do agente. Existe um dever genérico de agir que não é observado pelo destinatário da norma. Este dever, aliás, é dirigido a todos indistintamente (dever de solidariedade).

A conduta omissiva própria está descrita no próprio tipo penal incriminador, e, para que se configure, basta a sua desobediência, sendo, em princípio, irrelevante a ocorrência de resultado naturalístico. Esse resultado, aliás, serve para fixação da pena, podendo gerar até mesmo majorante ou uma qualificadora. É o que ocorre, por exemplo, com a omissão de socorro (art. 135, parágrafo único, CP). Existente a situação de perigo e permanecendo inerte o agente, consuma-se o crime. No entanto, se em razão da omissão houver lesão corporal grave ou morte, a pena será aumentada da metade ou triplicada, respectivamente. Percebe-se que, em regra, essa espécie de infração prescinde da análise do nexo causal, já que a simples abstenção do agente serve à sua configuração. No entanto, nos casos em

89. Ressalte-se que se o agente desconhece o seu dever de agir, imposto normativamente no tipo ou em cláusula geral, incorrerá em **erro mandamental (ou de mandato)**, espécie de erro de tipo de acordo com o escólio de Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina: “O erro do agente que recai sobre a situação fática do dever de agir chama-se erro de mandato (ou erro mandamental) e constitui um erro de tipo (excludente de dolo)” (ob. cit. p. 299). A doutrina, no entanto, discorda, lecionando tratar-se de mais uma forma de erro de proibição, pois o agente, apesar de saber o que faz (ou melhor, o que não faz), acredita não estar obrigado, ignorando a ilicitude da sua inação. Nesse sentido, Juan Ferré Olivé, Miguel Nuñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito: “O erro de mandato (*Gebotsirrtum*) é o equivalente do erro de proibição (*Verbotsirrtum*) para os delitos omissivos. Como analisamos oportunamente, estes não se estruturam sobre uma proibição, mas sim em torno de um mandato. O sujeito desconhece a ordem que recai sobre ele (por exemplo, que o converte em garante de um bem jurídico) e, ao se omitir, comete o delito. Este erro pode ser, inclusive, mais frequente que o erro de proibição, já que para o sujeito poderá ser mais fácil conhecer os casos em que a norma o obriga a atuar. Em todo caso, o erro de proibição e de mandato são as duas possíveis modalidades de erro sobre a licitude da conduta (art. 21 do CP), e, portanto, equiparam-se completamente quanto a sua fundamentação e consequências jurídicas” (ob. cit. p. 486-7).

que incidem majorantes ou qualificadoras, a apreciação da causalidade é imprescindível, devendo-se indagar se a ação omitida seria capaz de evitar o resultado⁹⁰.

(B) Crime omissivo impróprio (ou impuro ou espúrio ou comissivo por omissão)

Nos crimes omissivos próprios não basta a simples abstenção de comportamento. Adota-se aqui a teoria normativa, em que o não fazer será penalmente relevante apenas quando o omitente possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado (dever jurídico). Mais do que um dever genérico de agir, aqui o omitente tem dever jurídico de evitar a produção do evento.

Omissão Própria	Omissão Imprópria
O agente tem dever genérico de agir (porque é um dever que atinge a todos indistintamente, em razão do dever de solidariedade).	O agente tem o dever jurídico especial/específico de agir para evitar o resultado.

Se nos crimes omissivos próprios a norma mandamental decorre do próprio tipo penal, na omissão imprópria ela decorre de **cláusula geral**, prevista no artigo 13, §2º, do Código Penal, dispositivo que estabelece as hipóteses em que alguém possui o dever jurídico de impedir o resultado. É esse dever (jurídico) que faz da sua abstenção comportamento relevante para o Direito Penal⁹¹.

Omissão Própria	Omissão Imprópria
A omissão está descrita no tipo penal mandamental .	A omissão está descrita em cláusula geral (prevista no art. 13, §2º do CP) e não no tipo penal.

Ao contrário do crime omissivo próprio, nas hipóteses de omissão impura o tipo penal infringido pelo omitente descreve conduta comissiva, como se tivesse causado o resultado. O omitente conquista o evento comissivamente incriminado por meio de um não fazer, de uma abstenção ou omissão. Da mesma forma que se pode matar uma criança por meio de asfixia, também é possível chegar a esse mesmo resultado porque se deixa de socorrê-la (omissão). Se o omitente tinha o dever jurídico de impedir a morte do menor, responderá por homicídio (e não simples omissão de socorro).

Omissão Própria	Omissão Imprópria
Não há personagens próprios.	Pressupondo dever específico, atinge o garantidor, definido no art. 13, § 2º, do CP
O agente responde por crime omissivo .	O agente responde por crime comissivo (praticado por omissão).

90. Em capítulo próprio (adiante) vamos estudar com profundidade a *causalidade na omissão*.

91. Trata-se também de norma de caráter integrativo, que complementa a tipicidade dos crimes comissivos praticados por omissão.

Ocorre uma subsunção direta entre o fato (omissão) e a norma (tipo que descreve uma omissão).	Ocorre uma subsunção indireta entre fato (omissão) e norma (tipo que descreve uma ação). Para haver a subsunção indireta é sempre necessária a aplicação combinada do art. 13, §2º do CP com o tipo penal referente ao resultado ocorrido (morte, no homicídio).
--	--

A relevância da omissão, todavia, não se resume ao **dever** de agir, pressupondo-se também que ao agente seja **possível** atuar para evitar o resultado. Com efeito, não se presume a responsabilidade penal simplesmente em razão da omissão por parte de quem estava obrigado ao contrário. Impõe-se a análise concreta dos acontecimentos para estabelecer se, naquelas circunstâncias, havia a possibilidade de o agente atuar para afastar a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico que devia proteger. É fato, por exemplo, que o médico encarregado do pronto socorro a paciente em situação de emergência deve atuar para reverter a situação e preservar a vida daquela pessoa. Não se pode, entretanto, imputar-lhe a responsabilidade pela morte de alguém que não atendeu porque, naquele momento, dispensava sua atenção a outra pessoa em situação semelhante. Neste caso, embora o médico estivesse obrigado a agir, não havia possibilidade concreta em razão das circunstâncias em que se encontrava.

Vejamos os personagens que têm o dever jurídico de evitar o resultado.

Dispõe o artigo 13, §2º que “*A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem*”:

(i) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

A primeira hipótese diz respeito ao dever legal de cuidado, proteção ou vigilância. Neste caso, por expressa previsão legal, o agente está obrigado a agir com a finalidade de garantir a incolumidade do bem jurídico tutelado. A “*lei*” a que se refere a alínea “a” pode ser de natureza não penal, como aquela prevista no artigo 1.634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar, obrigando os pais em relação à criação e educação dos filhos. Note-se que, mencionando a lei dever “legal”, obrigações de ordem moral ou religiosa não são consideradas para análise da omissão imprópria. Esclarece Heleno Fragoso que o dever atribuído ao omitente impróprio “só pode ser um *dever jurídico*. Não bastaria, assim, mero dever moral [ou religioso, acrescentamos]. Não pratica homicídio, mas sim omissão de socorro, quem contempla, inerte, o cego estranho precipitar-se de um abismo, podendo impedi-lo”⁹².

(ii) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

Também está obrigado a evitar a ocorrência do resultado o indivíduo que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedi-lo. A regra incide nas hipóteses em que o

92. Lições de Direito Penal. Ob. cit., p. 287.

dever não decorre da lei, mas da assunção voluntária do encargo de zelar pelo bem jurídico tutelado. A esse respeito, oportuna é a lição de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

“Penso que, aqui, a solução deve apoiar-se no princípio de que a *posição de garante* surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo. Nessa situação se encontram: o guia, o salva-vidas, o enfermeiro, o médico de plantão em hospitais ou prontos-socorros, os organizadores de competições esportivas etc.”⁹³.

Percebe-se, portanto, que a posição de garantidor prevista na alínea “b” pode nascer tanto das relações contratuais (ex: professor fazendo excursão com alunos) como das relações da vida cotidiana (ex: convidado assume a responsabilidade de levar outro, bêbado, para casa, após uma festa).

(iii) Quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

A alínea “c” traz a obrigação de evitar o resultado quando, no âmbito social, **o agente produz o perigo**, devendo, portanto, se empenhar para que o resultado danoso não ocorra.

É irrelevante que a atuação perigosa causadora do resultado seja lícita ou ilícita, culposa ou dolosa, punível ou não punível, devendo sempre o agente responder pela sua produção caso haja a incidência de uma das hipóteses legais⁹⁴.

No entanto, o campo de incidência da expressão “*conduta anterior*” faz com que seja necessária uma delimitação da situação de garante do agente, já que a aplicação indistinta do dispositivo pode trazer consequências práticas injustas e absurdas. Tomando de empréstimo o exemplo trazido por MIRABETE⁹⁵, poderia se reivindicar, se aceita a incidência abrangente da norma, a punição por homicídio doloso do motorista que, por imprudência, atropela um transeunte e não providencia o socorro devido, ocasionando sua morte, pois, a rigor, como causador do perigo, funcionaria como garante para evitar a ocorrência do dano.

No entanto, para este caso, a legislação penal especial traz solução diversa, pois prevê, no artigo 302 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), uma causa de aumento para as hipóteses de homicídio na direção de veículo automotor em que o agente omite socorro à vítima (caso não tenha havido, obviamente, morte instantânea).

93. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 117-8.

94. Francisco de Assis Toledo, citando posicionamento de Maurach, ob. cit., p. 118.

95. Ob. cit., p. 94.

E conclui FRAGOSO:

“Pensamos que somente uma interpretação restritiva do artigo 13, § 2º, letra c, poderá levar a uma aplicação mais equânime da lei, evitando-se o perigo de soluções iníquas. Deve ser aplicado o dispositivo em estudo apenas quando a lei não disciplinar o fato concreto em dispositivo específico”⁹⁶.

Parece-nos que a **solução** mais indicada para a aplicação desse dispositivo é a seguinte: nos crimes dolosos omissivos impróprios, deve o agente não observar o dever de agir (com a consciência de que age assim) e com o objetivo de alcançar ou assumindo o risco de produzir o resultado criminoso que poderia ter sido impedido com a sua intervenção. Se, no entanto, o agente tem a consciência de que não observa o dever de agir, mas o resultado não era querido ou aceito (apenas previsível), deverá responder pelo crime culposo, se previsto em lei.

Em todas as hipóteses do § 2º (letras “a”, “b” e “c”) a lei pressupõe a possibilidade de ação por parte do agente. Se na situação concreta sua atuação era fisicamente impossível, não se há falar em omissão penalmente relevante. Assim, deve o agente (A) ter conhecimento da situação causadora do perigo; (B) ter consciência de sua posição de garantidor e (C) ter possibilidade física de impedir a ocorrência do resultado.

Note-se, também, que o §2º do artigo 13 traz em seu bojo um rol taxativo de hipóteses em que o agente deve agir para evitar a ocorrência do resultado. Não é possível ampliá-lo para abarcar outras situações ali não previstas, por se tratar de norma incriminadora, e, por isso, vedar-se a analogia *in malam partem*.

Noutra quadra, porquanto inadmissível a responsabilidade penal objetiva, devemos lembrar, com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que “os pressupostos de fato que configuram a posição de garantidor são elementos do tipo, devendo estar cobertos pelo dolo. O agente deve ter, assim, a consciência de sua posição de garantidor da não superveniência do resultado. O erro a tal respeito é *erro de tipo* e exclui o dolo. Se o agente omite socorro ao periclitante que vem a morrer, ignorando que se trata do próprio filho, pratica apenas omissão de socorro, e não homicídio. Todavia, o erro sobre o próprio dever de impedir o resultado, que resulta da posição de garantidor, é *erro de proibição* (erro quanto à licitude) irrelevante, porque o desconhecimento da lei é inescusável”⁹⁷.

2.9.3.2.1 Crime omissivo impróprio: (in) constitucionalidade

Em que pese a quase unanimidade da doutrina trabalhar pacificamente com os crimes omissivos impróprios e a figura do garante, assuntos que também não encontram resistência na jurisprudência, temos a sempre interessante lição de PAULO QUEIROZ criticando

96. Ob. cit., p. 94.

97. *Lições de Direito Penal*. Ob. cit., p. 289.

o instituto⁹⁸, questionando a constitucionalidade do art. 13, § 2º, do CP frente a três princípios: **legalidade, pessoalidade da pena e proporcionalidade**.

Paulo lembra que, se o princípio da legalidade implica a máxima taxatividade e precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens, é evidente que o Código, ao se utilizar de uma cláusula geral e grandemente vaga, que equipara ação à omissão, não atende a tal exigência político-criminal e se revela claramente antigarantista. O legislador, na visão do crítico, teria se limitado a estabelecer os pressupostos gerais do dever de agir e de impedir o resultado, mas nada esclareceu quanto ao seu conteúdo, remetendo, ainda, a complementação do seu significado (lei penal em branco) a uma outra lei, a um contrato ou uma situação concreta de criação de risco, em geral, ainda mais imprecisos e indeterminados, de sorte que fixar os limites da posição de garante é especialmente problemático.

Na sua concepção, a omissão imprópria implica, de ordinário, ainda que sutilmente, violação do princípio da pessoalidade da pena, sobretudo naquelas hipóteses em que se pretende imputar ao omitente uma ação de outrem ou um evento puramente natural, a justificar ou a sua abolição pura e simples ou a sua completa reformulação. Exemplifica: quando se pretende que o salva-vidas responda pela morte do banhista que se afoga, que o médico responda pela morte do paciente que lhe implorava socorro, que a mãe responda por maus-tratos do companheiro contra filho menor etc., está-se, em realidade, em todos estes casos, a imputar ao *garante* (salva-vidas, médico, mãe) fato de exclusiva responsabilidade de terceiro ou puramente causal; sendo, pois, ilegítima a imputação do resultado a pessoa que não o próprio autor da ação.

PAULO QUEIROZ termina alertando que a pena que se pretende irrogar ao omitente é francamente desproporcional e também ofensiva ao princípio da igualdade, na medida que se equipara, sem mais, a simples omissão à ação, comportamentos cuja significação ética e social é muito distinta, em franca contradição, aliás, com o caráter subsidiário do direito penal, pois bem mais razoável seria que o *garante* respondesse por omissão própria ou crime algum, sem prejuízo, evidentemente, das consequências extrapenais de seu ato: demissão do salva-vidas, suspensão ou cassação da licença para o exercício da medicina, perda do pátrio poder por parte da mãe etc., conforme o caso.

2.9.3.3. *Crime de conduta mista*

É possível o crime de conduta mista ou híbrida. Trata-se de **tipo penal composto de ação seguida de omissão**. A norma exige do sujeito ativo dois comportamentos: um comissivo (precedente) e outro omissivo (subsequente).

Exemplo: quem acha coisa alheia perdida **e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la** ao dono ou legítimo possuidor **ou de entregá-la** à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias (art. 169, parágrafo único, II, do CP).

98. Ob. cit., p. 250.

Como se pode notar, o crime de apropriação de coisa achada pode ser dividido em dois momentos: num primeiro, em que o agente pratica conduta comissiva (ato de se apropriar de coisa alheia perdida) e num segundo, em que sua conduta é omissiva (deixar de restituir a coisa achada, ou deixar de entregá-la à autoridade competente).

3. RESULTADO

Da conduta (ação ou omissão sem a qual não há crime) podem advir dois resultados: **naturalístico** (presente em determinadas infrações) e **normativo** (indispensável em qualquer delito). Vejamos.

Resultado **naturalístico** se dá com a modificação no mundo exterior (perceptível pelos sentidos) provocada pelo comportamento do agente. Não são todos os crimes, no entanto, que possuem resultado naturalístico, havendo aqueles em que sua ocorrência é dispensável⁹⁹.

De acordo com a exigência ou não da modificação exterior pela prática do crime, as infrações penais se dividem em material, formal e de mera conduta.

São **crimes materiais** aqueles em que o tipo penal descreve conduta e resultado naturalístico (necessária modificação no mundo exterior), sendo indispensável a sua ocorrência para haver consumação. A conduta e o resultado são cronologicamente separados. É o que ocorre, por exemplo, com o homicídio (art. 121 do CP).

Nos **crimes formais** (ou de consumação antecipada), apesar de o tipo penal também descrever conduta e resultado naturalístico, este é dispensável para a consumação. Com a prática da conduta o crime está perfeito. A modificação no mundo exterior, no caso, serve como exaurimento da infração, podendo interferir na quantidade da pena. Como exemplos, podemos citar os crimes de ameaça (art. 147 do CP) e de extorsão (art. 158, CP¹⁰⁰).

Os **crimes de mera conduta**, por sua vez, são aqueles em que o tipo pena descreve apenas a conduta delituosa, sem sequer mencionar resultado naturalístico. Pune-se aqui pela simples atividade, como, por exemplo, na violação de domicílio (art. 150, CP).

Note-se que, embora pequena parcela da doutrina encontre dificuldade em se apurar a diferença entre o crime formal e o de mera conduta, entendemos improvável a confusão: no primeiro (formal), como já dito, o resultado naturalístico é previsto, mas a lei se contenta com a prática da conduta, sem alteração do mundo exterior (daí falar-se em *consumação antecipada*); no segundo (mera conduta), a lei sequer menciona a existência do resultado naturalístico e se contenta, de igual forma, com o comportamento do agente.

99. Note-se que nem todas as alterações exteriores provocadas pela conduta são resultados do crime, sendo assim considerados somente aqueles previstos no tipo penal. Desse modo, resultado naturalístico do furto será a subtração do objeto pertencente à vítima, como um veículo, por exemplo, e não os transtornos que a falta desse objeto possa causar, como a dificuldade de locomoção. Será essa uma consequência do crime, que, todavia, não deverá ser tida como um indiferente penal, já que o juiz deverá analisá-la no momento da dosimetria da pena, por expressa previsão do artigo 59 do Código Penal.

100. STJ. Súmula nº 96. *O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.*

Crime	Resultado Naturalístico	Resultado Normativo	Exemplo
Crime Material	O tipo penal descreve conduta mais resultado naturalístico.	O resultado é indispensável à consumação.	Homicídio
Crime Formal ou de Consumação Antecipada	O tipo penal também descreve conduta mais resultado naturalístico.	O resultado naturalístico é dispensável , pois a consumação ocorre com a conduta. Obs: se, apesar de dispensável, ocorrer o resultado naturalístico, há exaurimento do crime (que é considerado na fixação da pena).	Extorsão mediante sequestro (o crime se consuma com a privação da liberdade, não com a obtenção da vantagem indevida)
Crime de Mera Conduta ou Atividade	O tipo penal descreve apenas a conduta.	Não há resultado naturalístico.	Omissão de socorro

Já o resultado normativo (ou jurídico) aparece como sendo a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Sob essa ótica, **todo crime (material, formal ou de mera conduta) possui resultado**, ainda que não provoque alteração material exterior, vez que se parte do pressuposto de que o fundamento para a tipificação da conduta é a lesão ou perigo de lesão ao interesse penalmente tutelado.

Quanto ao resultado normativo, os delitos classificam-se em: de dano (ou de lesão) e de perigo.

Crime de dano existe quando a sua consumação exige efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, como no homicídio (art. 121 o CP).

Será de **perigo** quando a consumação se contenta com a exposição do bem jurídico a uma situação de perigo. Em determinadas hipóteses, o perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (**crime de perigo abstrato**), devendo ser lembrado, a título de exemplo, o tráfico de drogas. A conduta do traficante é crime, dispensando efetivo dano à saúde pública, bastando o perigo, que é presumido por lei (se o Promotor de Justiça comprovar que o agente praticou o verbo nuclear do tipo, a lei presume que seu comportamento é perigoso para a coletividade)¹⁰¹.

101. Temos respeitável corrente doutrinária que nega a existência dos crimes de perigo abstrato, acreditando ofenderem princípios constitucionais. Dentre os críticos, **PAULO DE SOUZA QUEIROZ** assinala: "Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo" (ob. cit. p. 121). O STF, no entanto, em recente julgado,

O crime de perigo será **concreto** quando o legislador exige prova do risco ameaçando o bem jurídico de alguém (delito de perigo concreto **determinado**) ou da coletividade, dispensando, nesse caso, vítima certa e determinada (delito de perigo concreto **indeterminado**). Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria (art. 134 do CP) é exemplo de delito de perigo concreto determinado.

Deve ficar comprovado que a conduta do agente gerou efetivo perigo para o recém-nascido. Já o delito de condução inabilitada de veículo automotor (art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro) é de perigo concreto indeterminado, pois o perigo não precisa ser dirigido, bastando prova de que a condução do veículo rebaixou o nível de segurança viário, gerando risco para a coletividade. Assim, se o motorista inabilitado for surpreendido conduzindo de forma anormal seu automóvel, temos crime; se apesar de inabilitado o conduzir dentro das regras de segurança, caracteriza mera infração administrativa.

✓ **Qual resultado (*naturalístico ou normativo*) integra o crime?**

Para uma primeira corrente, é o naturalístico. Logo, os quatro elementos do fato típico irão se reunir apenas nos crimes materiais, pois só estes provocam indispensável modificação no mundo exterior, e, conseqüentemente, somente neles haverá a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Nesta linha de raciocínio, os crimes formais e os de mera conduta seriam dotados apenas de conduta e de tipicidade¹⁰².

Para outra, é o normativo. Dispondo o artigo 13 do Código Penal que a existência do crime depende da ocorrência do resultado, deve-se compreendê-lo não sob aspecto puramente naturalístico, mas principalmente jurídico. Logo, o resultado deve ser entendido como a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, como forma de harmonizar o texto do artigo 13 com os tipos penais que não exigem a ocorrência de resultado naturalístico¹⁰³.

LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA bem resumem a controvérsia:

“Há crime sem resultado? Para a teoria naturalística sim (os crimes formais e os de mera conduta não exigem resultado naturalístico). Para a teoria jurídica ou normativa não (inexiste crime sem ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine injuria*). Somos

admitiu a criação de delito de perigo presumido, meio eficiente de o Estado proteger certos interesses: “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote) (...) A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal” (HC 104.410/RS).

102. Flávio Monteiro de Barros (ob. cit., p. 146/147), Fernando Capez (ob. cit., p. 103), Rogério Greco (ob. cit., p. 235-7), Francisco de Assis Toledo, para quem a teoria da causalidade somente tem aplicação nos delitos materiais (ob. cit., p. 113-4).

103. Mirabete (Ob. cit., p. 97).

partidários da segunda teoria, ou seja, partimos da premissa que jamais existe delito sem essa ofensa ao bem jurídico (ou seja: sem resultado jurídico desvalioso). Logo, para nós, não há crime sem resultado jurídico. Essa postura dogmática, diga-se de passagem, é a que mais coaduna com o disposto no art. 13 do CP, que diz: 'O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa'. Pela própria literalidade do citado diploma legal nota-se que não há crime sem resultado (jurídico).

A clássica doutrina penal que se contentava (só) com o resultado naturalístico para a existência da tipicidade já não pode prosperar. Era uma doutrina que não distinguia entre causação e imputação do delito ou mesmo entre causação e valoração (desaprovação). Só via o lado ôntico ou naturalístico (formal), não cuidava das questões atinentes à desaprovação ou imputação do fato ao seu agente (como obra dele). Preocupou-se exageradamente com a tipicidade formal, esquecendo-se da material. Atentou-se para o aspecto valorativo da norma, mas não atinou para o seu aspecto valorativo, que contempla a tutela do bem jurídico"¹⁰⁴.

Vamos antepor as duas correntes, analisando a estrutura desse elemento do conceito analítico de crime através do quadro abaixo.

	1ª Corrente		2ª Corrente	
Entende que o resultado que integra o fato típico é o	Naturalístico		Normativo	
Consequências	É necessário separar os elementos do fato típico para os crimes materiais e não-materiais:		Influenciada pelo funcionalismo, essa corrente, mais moderna, entende que:	
	(A) Crimes materiais: o fato típico tem 4 elementos:	(B) Crimes não-materiais: o fato típico tem só 2 elementos:	(A) Para a tipicidade formal interessa o resultado naturalístico.	(B) Todavia, no momento de se analisar a tipicidade material, observa-se o resultado normativo.
	– conduta; – resultado; – nexa; e – tipicidade.	– conduta; e – tipicidade. (os crimes formais e mera conduta dispensam o resultado naturalístico).	– O fato típico será sempre composto de: conduta, nexa, tipicidade e resultado (todo crime sempre tem resultado normativo).	

104. Ob. cit. vol. 2, p. 186.

4. NEXO CAUSAL

4.1. Conceito

Nexo causal é o **vínculo** entre conduta e resultado, ou, na precisa lição de Bento de Faria, é a “relação de produção entre a causa eficiente e o efeito ocasionado, pouco importando seja *mediato* ou *imediatamente*”¹⁰⁵.

O estudo da causalidade busca aferir se o resultado pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo como obra do seu comportamento típico¹⁰⁶.

Se alguém mata outra pessoa a tiros de revólver, é claro que, objetivamente, a morte da vítima proveio daquela conduta, de modo q se insere na sua esfera causal. É o primeiro passo da imputação penal.

A relação de causalidade encontra previsão, no nosso ordenamento jurídico, no artigo 13, *caput*, do Código Penal, que dispõe:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Adotou-se, no caso, a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** (teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora ou da ***conditio sine qua non***), atribuída a Maximilian von Buri e Stuart Mill, que a teriam desenvolvido no ano de 1873¹⁰⁷. Em resumo, para esta teoria, todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido é causa.

Sabendo que antecedendo um resultado temos inúmeros fatos, como saber quais são ou não causas do evento? Deve-se somar à teoria da *conditio sine qua non* o **método** ou **teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais**. Idealizado pelo professor sueco Thyrén, em 1894, este método é empregado no campo mental da suposição ou da cogitação: causa é todo fato que, suprimido mentalmente, o resultado não teria ocorrido como ocorreu ou no momento em que ocorreu.

Com a ajuda de um exemplo, enxergaremos a aplicação prática das teorias acima: Fulano prepara a morte do pai, Beltrano, movido pela ganância de receber a polpuda herança. Para tanto, convida Beltrano para um café. Enquanto espera seu pai chegar, acende

105. Ob. cit., p. 150-1.

106. Flávio Monteiro de Barros ensina que “o problema da causalidade não se estende a todos os delitos, porquanto o nex causal só funciona como elemento do fato típico em relação aos crimes materiais consumados” (ob. cit. p. 171). Veremos, porém, que na moderna visão da teoria da imputação objetiva, todos os crimes (materiais, formais ou de mera conduta, consumados ou tentados) devem apresentar nex normativo.

107. Juarez Tavares, entretanto, imputa sua criação a Julius Glaser, processualista austríaco que a teria formulado em 1858. (*Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 257).

um charuto. Logo aparece Beltrano. Durante a conversa, Fulano serve um café com um pedaço de bolo com veneno misturado. Seu pai se delicia, sem perceber que o bolo que ingeria estava envenenado. Minutos depois, vem a falecer. Do lamentável e repugnante histórico de parricídio (homicídio do pai), podemos enxergar imediatamente, fatos que antecederam a morte da vítima: o agente (A) comprou veneno, (B) comprou um bolo, (C) misturou bolo e veneno, (D) fumou um charuto e, por fim, (E) serviu o bolo para a vítima, que morreu.

Compra veneno	Compra bolo	Mistura bolo + veneno	Fumar charuto	Serve bolo para a vítima	Resultado Morte

Quais desses fatos são considerados causas?

Aplicando-se o método hipotético de eliminação, teríamos:

Se eliminarmos mentalmente	O resultado	Conclusão ou
A compra do veneno	não ocorreria como ocorreu	(A) é causa
A compra do bolo	não ocorreria como ocorreu	(B) é causa
A mistura do bolo com o veneno	não ocorreria como ocorreu	(C) é causa
O ato de fumar um charuto enquanto espera a vítima	ocorreria do mesmo modo	(D) não é causa
O ato de comer o bolo	não ocorreria como ocorreu	(E) é causa

Em síntese, a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais requer a sua conjugação com a teoria da eliminação hipotética. Conjugando as duas teorias, chega-se à denominada **causalidade objetiva** ou **efetiva** do resultado.

No exemplo acima, limitamos a identificação do que foi determinante para o resultado, porém é sabido que o intérprete, no dia a dia, estará diante de um sem-número de antecedentes causais. A fabricação do veneno e do fermento utilizados na confecção do bolo, por exemplo, são comportamentos contidos na linha de desdobramento causal e, portanto, devem ser interpretados como causa.

Percebe-se, assim, que a causalidade objetiva (mera relação de causa e efeito), para a teoria da equivalência, tende ao **regresso ao infinito**, sendo objeto de críticas e objeções. No entanto, já alertamos quando do estudo dos princípios, que a responsabilidade penal pelo evento só pode ser subjetiva, não se esgotando na simples relação de causa e efeito que une conduta e resultado, dependendo também da causalidade psíquica (dolo ou culpa).

Conclusão: a causalidade objetiva não é suficiente para se chegar à **imputação do crime**, de modo que, dentro da perspectiva do **finalismo**, é indispensável perquirir a

causalidade psíquica, indagando-se se o agente agiu com **dolo** ou **culpa** para a produção do resultado delituoso. No nosso fantasioso exemplo, a confeitadora que fez o bolo, por não ter agido com dolo ou culpa em relação ao evento morte, não pode ser considerada responsabilizada penalmente pelo crime¹⁰⁸.

	Identificação da causa do crime	Identificação da causa efetiva/determinante	Identificação do elemento subjetivo
Fundamento	Teoria da equivalência dos antecedentes causais (Von Buri)	Teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais (Thyrén)	Causalidade psíquica (dolo ou culpa)
Resultado	Causa é todo antecedente sem o qual o resultado não teria ocorrido como ocorreu	Causalidade objetiva (é criticado, pois não impede o regresso ao infinito)	Imputação do resultado (responsabilidade penal pelo fato voluntariamente praticado)

4.2. Concausas

O assunto nexos causais ganha ainda mais importância quando se verifica que o resultado não é efeito de um só comportamento, representando produto final de uma associação de fatores, entre os quais a conduta do agente aparece como seu principal (mas não único) elemento desencadeante. Observa **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Ganha a relação de causalidade conotação complexa, portanto, quando houver uma constelação de componentes que condicionam a produção do resultado, uma diversidade de combinações na sua dinâmica”¹⁰⁹.

Assim, identificados quais antecedentes podem figurar como **causa** dentro de uma linha de eventos que se sucedem, nota-se que, no caso concreto, é possível que haja mais de uma causa concorrendo para o resultado (**concausas**).

108. Veremos nas páginas seguintes que a **teoria da imputação objetiva** foi criada para, efetivamente, impedir o *regressus ad infinitum*, consequência inevitável da teoria da *conditio sine qua non*. Percebiam que o finalismo, apesar de filtrar a responsabilidade penal com a causalidade psíquica, não evita, sob o ângulo da causalidade objetiva, seu regresso a comportamentos distantes do evento. Mesmo com a causalidade psíquica, a confeitadora continua sendo causa (objetiva), apesar de irresponsável por ausência de dolo e culpa. Para evitar, de fato, o regresso ao infinito, não importando o ângulo de análise, a teoria da imputação objetiva, no estudo da causalidade objetiva, não se contenta com o nexo físico (relação de causa/efeito), acrescentando um nexo normativo composto de: a) criação ou incremento de um risco proibido, b) a realização do risco no resultado, c) e resultado dentro do alcance do tipo. A confeitadora, para esta teoria, não criando risco proibido, sequer é vista causa do resultado.

109. Ob. cit. p. 195.

Mesmo nas concausas o estudo é feito, em regra, à luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais, conjugada com o método da eliminação hipotética.

Imagine-se que JOÃO, com intenção de matar, efetue disparos de arma de fogo contra ANTONIO, que, momentos antes, havia sido envenenado por sua esposa. Após a morte de ANTONIO, a perícia apura que o veneno foi o responsável pelo óbito.

Na situação trazida, duas causas concorrem para o evento. Entretanto, eliminando-se a conduta de JOÃO, concluímos que o resultado (morte de ANTONIO) ocorreria do mesmo modo. Logo, JOÃO não pode responder pela morte, sendo punido, contudo, por tentativa.

São **duas** espécies de concausas:

(A) Concausas absolutamente independentes

Nessa espécie, a causa efetiva do resultado não se origina, direta ou indiretamente, do comportamento concorrente, paralelo, podendo ser preexistente, concomitante e superveniente.

(i) Preexistente: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) antecede o comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para JOÃO, seu marido. Uma hora depois, JOÃO é atingido por um disparo efetuado por ANTONIO, seu desafeto. Socorrida, a vítima morre na madrugada do dia seguinte em razão dos efeitos do veneno. A pessoa que envenenou responde pelo homicídio consumado, sem dúvida. Já o atirador não foi causa do resultado. Eliminando-se seu comportamento, a vítima morreria envenenada do mesmo modo. Deve responder por tentativa de homicídio.

(ii) Concomitante: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é simultânea ao comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para seu marido. Na mesma hora, coincidentemente, a vítima é alvo de um disparo efetuado por ANTONIO, seu desafeto, vindo a morrer. ANTONIO responde por homicídio consumado. A esposa, que ministrou o veneno, responde por tentativa de homicídio. É que, eliminando-se seu comportamento, a morte de JOÃO ocorreria como ocorreu.

(iii) Superveniente: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é posterior ao comportamento concorrente.

Exemplo: MARIA, por volta das 20h, serve, insidiosamente, veneno para seu marido. Antes mesmo de o veneno fazer efeito, cai um lustre na cabeça de JOÃO que descansava na sala, causando sua morte por traumatismo craniano. MARIA responde por tentativa de homicídio, pois, eliminando seu comportamento do processo causal, a morte de JOÃO ocorreria do mesmo modo.

Conclusão: em se tratando de concausa absolutamente independente, não importa a espécie (preexistente, concomitante ou superveniente), o comportamento paralelo será sempre punido na forma tentada.

Causas absolutamente independentes		
Espécie	Exemplo	Responsabilização
Preexistente	"A" atira em "B" que antes já havia sido envenenado por "C", morrendo em razão do envenenamento.	A morte de "B", em todos os exemplos, ocorreria como ocorreu independentemente da conduta de "A". "C" será punido por homicídio consumado. "A" responde por tentativa de homicídio.
Concomitante	Enquanto "A" envenena a vítima "B", o matador de aluguel "C" entra no local e atira contra "B", que morre em razão dos disparos da arma de fogo.	
Superveniente	Depois de "A" envenenar "B", "B" é vítima de um disparo praticado por "C", que tira a vida da vítima.	—

(B) Concausas relativamente independentes

Agora, a causa efetiva do resultado se origina, ainda que indiretamente, do comportamento concorrente. Em outras palavras, as causas se conjugam para produzir o evento final. Isoladamente consideradas, não seriam capazes de ocasionar o resultado.

Também se classificam em preexistente, concomitante e superveniente.

(i) **Preexistente:** a causa efetiva (elemento propulsor que se conjuga para produzir o resultado) é anterior a causa concorrente.

Exemplo: JOÃO, portador de hemofilia, é vítima de um golpe de faca executado por ANTONIO. O ataque para matar, isoladamente, em razão da sede e natureza da lesão, não geraria a morte da vítima que, entretanto, tendo dificuldade de estancar o sangue dos ferimentos, acaba morrendo. ANTONIO, responsável pelo ataque (com intenção de matar), responderá por homicídio consumado. Eliminando seu comportamento do processo causal, JOÃO não morreria¹¹⁰.

(ii) **Concomitante:** a causa efetiva (elemento propulsor que se conjuga para produzir o resultado) ocorre simultaneamente à outra causa.

Exemplo: ANTONIO, com intenção de matar, atira em JOÃO, mas não atinge o alvo. A vítima, entretanto, assustando, tem um colapso cardíaco e morre. ANTONIO responderá por homicídio consumado, pois se não tivesse atirado, a vítima não sofreria a violenta perturbação emocional que gerou o colapso cardíaco.

Percebam que até este momento, as análises dos vários casos são feitas utilizando-se a causalidade simples (art. 13, *caput* do CP) e o resultado é imputado ao agente de acordo com o seu dolo. O contexto muda nas concausas relativamente independentes supervenientes, como veremos.

110. Para evitar a responsabilidade objetiva, o Direito Penal moderno corrige a conclusão a que se chega no exemplo acima, de maneira que somente seria possível imputar o homicídio consumado ao agente caso ele soubesse da condição de saúde da vítima. Do contrário, haveria tentativa de homicídio.

(iii) **Superveniente**: a causa efetiva (elemento propulsor que se soma para a produção do resultado) acontece após a causa concorrente. Está prevista no artigo 13, §1º, do Código Penal:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Estudamos até agora que o art. 13, *caput*, do Código Penal adotou a **causalidade simples**. O artigo 13, § 1º, por sua vez, anuncia a **causalidade adequada** (ou teoria da condição qualificada ou individualizadora), preconizada por Von Kries. Considera causa a pessoa, fato ou circunstância que, além de praticar um antecedente indispensável à produção do resultado, realize uma atividade adequada à sua concretização. Na determinação da causalidade adequada, o que importa é se há um nexo normal prendendo o atuar do agente como causa ao resultado como efeito.

O problema se resume, então, em assentar se, conforme o demonstra a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade¹¹¹.

É possível reconhecer duas hipóteses envolvendo concausa relativamente independente: a causa efetiva que **não por si só** e a que **por si só** produziu o resultado.

Na primeira (**não por si só**), a causa efetiva (superveniente) encontra-se na mesma **linha de desdobramento causal** (normal) da causa concorrente, tratando-se de **evento previsível** (ainda que não previsto).

Exemplo: JOÃO é vítima de um disparo de arma de fogo efetuado por ANTONIO, que age com intenção de matar. Levado ao hospital, JOÃO morre em decorrência de erro médico durante a cirurgia. O atirador (que tinha intenção de matar) responderá por homicídio consumado¹¹². O médico, conforme o caso, homicídio culposo. Percebemos que existe um nexo normal prendendo o atuar do atirador ao resultado morte por erro do médico que socorre a vítima. De acordo com a experiência da vida, é provável que do fato ocorra um resultado dessa índole. O resultado é consequência normal, provável, previsível da manifestação de vontade do agente.

Na concausa relativamente independente superveniente **que por si só** produz o resultado a conclusão é outra.

Trata-se das hipóteses em que a causa efetiva do resultado é considerada um **evento imprevisível**, que sai da **linha de desdobramento causal** então existente. Afirma Heleno CLÁUDIO FRAGOSO que, nesses casos, se “inaugura um novo curso causal, dando ao

111. Ob. cit., p. 325-326.

112. A doutrina majoritária entende o erro médico como causa que se encontra na mesma linha de desdobramento causal. De igual modo interpretam a morte decorrente de infecção hospitalar, de broncopneumonia e da omissão no atendimento no hospital.

acontecimento uma nova direção, com tal relevância (em relação ao resultado), que é como se o tivesse causado sozinha”¹¹³. Por consequência, exclui-se a imputação do resultado em relação ao agente responsável pela primeira causa concorrente.

Exemplo: ANTONIO, com vontade de matar, desfere um tiro em JOÃO, que segue em uma ambulância até o hospital. Quando está convalescendo, todavia, o nosocômio pega fogo, matando o paciente queimado. ANTONIO responderá por tentativa, estando o incêndio no hospital fora da linha de desdobramento causal de um tiro e, portanto, imprevisível¹¹⁴. Não existe um nexos normal prendendo o atuar do atirador ao resultado morte por queimaduras. De acordo com a experiência da vida, é improvável que do fato ocorra um resultado dessa índole. O resultado é consequência anormal, improvável, imprevisível da manifestação de vontade do agente.

Em síntese:

Causas relativamente independentes		
Espécie	Exemplo	Responsabilização
Preexistente	“A” atira para matar “B”, atingindo seu pé. Contudo, “B”, por ser hemofílico, morre em razão da hemorragia.	O agente responde pelo resultado causado. “A” responde por homicídio consumado.
Concomitante	“A”, com intenção de matar, atira em “B”, mas não atinge o alvo. A vítima, entretanto, assustando, tem um colapso cardíaco e morre.	
Superveniente	Que não por si só produz o resultado	“A” atira em “B” que é levado ao hospital e morre em decorrência de erro médico.
	Que por si só produz o resultado	“A” responde pelo seu dolo e não pelo resultado (novo curso causal) “A” responde por tentativa de homicídio.

4.3. A teoria da imputação objetiva¹¹⁵

Desenvolvida por KARL LARENZ (1927) e RICHARD HONIG (1930) – e atualmente reapresentada por CLAUS ROXIN e GÜNTHER JAKOBS –, a teoria da **imputação objetiva**,

113. *Conduta Punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 197.

114. Aníbal Bruno, ao tratar do tema, enriquece com exemplos. Diz o autor: “Mais complexo é o caso em que nova condição, conduzindo, embora ao resultado por um desvio do curso causal, se insere na linha de causalidade provocada pelo agente – como ocorre nos seguintes exemplos clássicos: o ferido vem a morrer, não por força dos ferimentos, mas pelo acidente de trânsito na ambulância que o transporta ao posto de assistência, ou no incêndio que consome o hospital a que se recolhera em tratamento, ou intoxicado por ação de uma droga, que, por engano, lhe administrou a enfermeira” (Ob. cit., p. 332).

115. A doutrina não é pacífica acerca da **natureza jurídica** da imputação objetiva, sendo que, para alguns, sua incidência acarreta a exclusão da tipicidade, e, para outros, exclui a antijuridicidade. Flávio

apesar do que sugere sua denominação, não se propõe a atribuir objetivamente o resultado ao agente¹¹⁶, mas justamente delimitar essa imputação, evitando o regresso ao infinito gerado pela causalidade simples (teoria da equivalência dos antecedentes causais) e aprimorando a causalidade adequada (o que se aproxima, mas não se confunde). FERNANDO CAPEZ, com base na lição de JAKOBS e JESCHECK, explica:

“Observa GÜNTHER JAKOBS que a aplicação da teoria causal leva a conduta até Adão, Eva e a serpente do paraíso (Gênesis, Capítulo 3), pois se o primeiro não tivesse mordido o fruto proibido, nada teria acontecido. A cadeia infinita antecedente causal só não leva à responsabilização de todos, em face da ausência de nexos psíquico (exclusão de dolo e culpa), imprescindível para a infração penal. Desse modo, os pais só não respondem pelo crime cometido pelo filho, porque não atuaram com dolo ou culpa em relação ao resultado. Nexos causal, porém, existiu porque, se não fossem os pais, não haveria o filho, e, se ele não existisse, não teria cometido o crime; logo, os genitores concorreram, pelo menos do ponto de vista causal-naturalístico, para a ocorrência do ilícito”¹¹⁷.

Como forma de corrigir essa injustiça, a imputação objetiva determina que sejam considerados além do nexos físico (causa/efeito) também critérios normativos no momento da atribuição do resultado, pois, de acordo com a causalidade vigente, situações absurdas proporcionadas pela *conditio sine qua non* (e, não raras vezes, pela causalidade adequada) somente eram evitadas em razão da análise do dolo e da culpa.

Monteiro de Barros entende que, por se tratar de matéria afeta à causalidade, não havendo imputação objetiva, o próprio nexos causal é excluído, e, conseqüentemente, torna-se atípica a conduta, em razão da inexistência de um dos elementos do fato típico (ob. cit., p. 159).

116. Como ensina Santiago Mir Puig, “A imputação objetiva, a imputação subjetiva e a imputação individual ou pessoal são três níveis necessários para que seja possível a completa imputação a um autor culpado. Imputar o delito em sua totalidade significa “culpar” alguém como seu autor. Os três níveis indicados de imputação (objetiva, subjetiva e pessoal) constituem exigências do *princípio de culpabilidade*, ³⁵entendido no sentido amplo que permite e aconselha este termo para servir de fundamento a todas as exigências que entraña a proibição de castigar a um inocente (não culpado) num Estado Social e Democrático e Direito garantidor da dignidade humana: o princípio de personalidade das penas, que impede fazer responsável ao sujeito por delitos alheios (e que se corresponde com a exigência processual de necessidade de rebater a presunção de inocência mediante a prova de que o sujeito realizou materialmente o fato), o princípio de responsabilidade pelo fato, que expulsa a “culpabilidade pelo caráter” e o chamado “Direito Penal de autor”, o princípio de dolo ou culpa e o princípio de imputação pessoal. ³⁶A imputação objetiva acrescenta outro aspecto ao princípio da culpabilidade ao exigir para todo delito, também para os dolosos, a classe de relação de risco entre o resultado típico e a conduta do sujeito que requer a imprudência nos delitos culposos, e oferece critérios que ajudam a delimitar melhor esta relação de risco” (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Significado e alcance da imputação objetiva em Direito Penal*. RT. vol. 2. p. 1379/1403. Out/2010).

117. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 16^aed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

Causalidade	Causalidade simples (FINALISMO)	Causalidade na Teoria da imputação objetiva
Conteúdo	Teoria da equivalência + teoria da eliminação	Teoria da imputação objetiva
Causalidade objetiva Gera a imputação objetiva do resultado	Existe causa quando há nexo físico : mera relação de causa e efeito (isso leva o regresso ao infinito).	Para haver causa, não basta o nexo físico , sendo imprescindível o nexo normativo . Limita a própria causalidade objetiva.
Causalidade psíquica Gera a imputação subjetiva do resultado	Análise de dolo e culpa	Análise de dolo e culpa

Como bem sintetiza Luís Greco, a análise do tipo, para a “doutrina da primeira metade do século XX” (doutrina clássica), leva em conta somente o desvalor do resultado. Os finalistas, por sua vez, incrementam a percepção do tipo ao analisar também o desvalor da ação, muito embora este desvalor estivesse restrito à finalidade. O que diferencia a teoria da imputação objetiva é que ela tem o mérito de complementar ambas as dimensões de desvalor com novos aspectos.

O desvalor da ação, até então subjetivo, mera finalidade, adquire uma face objetiva: **a criação (ou incremento) de um risco juridicamente proibido**. Somente ações intencionalmente perigosas são desvaloradas pelo direito. Ao desvalor do resultado também se soma uma nova percepção: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade é desvalorada; apenas a será a causação em que haja a **realização, no resultado, do risco criado pelo autor**¹¹⁸.

Em síntese, a **criação ou incremento de um risco proibido** e a **realização do risco no resultado**, além da exigência de que **esse resultado fique dentro do alcance do tipo** compõem o **nexo normativo**, elemento que enriquece o estudo da causalidade corrigindo as distorções geradas pela teoria da equivalência. A análise deste **nexo antecede** a indagação sobre dolo e culpa, isto é, verifica se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser atribuído ao agente, antes mesmo de pesquisar o elemento subjetivo.

Teoria da imputação objetiva		
Nexo normativo		
Criação ou incremento de um risco proibido	Realização do risco no resultado	Resultado se encontra dentro do alcance do tipo

Já estudamos que, para a **teoria da equivalência**, a mãe do homicida, do ponto de vista da causalidade objetiva, é **causa** da morte da vítima (sem ela, o homicida não seria

118. GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11-13.

gerado), somente não respondendo pelo resultado por ausência de dolo e culpa (evitando-se responsabilidade penal objetiva). A análise feita pela **teoria da imputação objetiva** é diferente: apesar de haver nexo físico, o comportamento da mãe (gerar um filho) não tem nexo normativo, isto é, **sequer é causa**, dispensando, portanto, pesquisa sobre dolo e culpa.

4.3.1. Criação ou incremento de um risco proibido

Para ser imputado (atribuído a alguém), o resultado deve ser efeito de um risco proibido criado ou incrementado pelo agente¹¹⁹. Comportamentos de riscos aceitos socialmente porque decorrem da própria lógica da convivência em sociedade não são rotulados como causa. É dentro dessa perspectiva que leciona GÜNTHER JAKOBS:

“Qualquer *contato social* implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável; [...] Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*”^{120 121}.

119. Tem sido tema de debate na doutrina a criação e o incremento de um risco como critério de análise do erro médico. Já tivemos a oportunidade de diferenciar a conduta em que o agente atua com imperícia, isto é, sem preparo técnico, daquela em que incorre em erro profissional, o qual não decorre de inaptidão, mas da falibilidade da ciência. Pois bem, nesta última situação, tem-se que, estando o paciente devidamente informado acerca dos riscos a que será submetido, apesar dos esforços e da habilidade do médico para que tudo ocorra de forma a propiciar a cura, não há, por parte do profissional, a criação ou o incremento de um risco proibido. Se o médico, devidamente habilitado, põe-se a realizar um procedimento que, não obstante arriscado e mais inseguro do que aqueles a que a medicina normalmente recorre, se revela a única possibilidade de cura, não cria nem incrementa um risco proibido, senão permitido por ser a forma viável de tratamento. É necessário, no entanto, que o consentimento do paciente seja decorrente de informação fiel a respeito do risco a que estará exposto, ou seja, é defeso ao médico, a pretexto de aplicar o tratamento, informar inadequadamente o paciente para obter o consentimento. Caso assim atue, haverá a criação de um risco proibido pela colocação do paciente em uma situação da qual não estava adequadamente ciente, o que gerará a imputação do resultado.

120. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000, p. 34-35.

121. A identificação do risco proibido se dá através da **prognose póstuma objetiva**. Uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico. Luis Greco, destrinchando a expressão, esclarece: “Prognose, porque é um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração

Imaginemos um acidente de trânsito causado por motorista embriagado. A responsabilidade do motorista é certa, seja para a teoria tradicional do nexo, seja para a imputação objetiva. Vamos, no entanto, analisar o evento sob o ângulo do fabricante do automóvel:

Teoria tradicional	Teoria da Imputação Objetiva
Existe nexos físico (sem aquele veículo, o acidente não ocorreria como ocorreu).	Apesar de presente o nexos físico, o fabricante atua dentro de um risco permitido, tolerado pela sociedade, não havendo nexos normativo.
É causa	Não é sequer causa
Não será responsável pelo resultado apenas porque não agiu o fabricante com dolo ou culpa	Dispensa análise do dolo e da culpa.

4.3.2. Realização do risco no resultado

Além da análise do risco gerado, é necessário verificar se a ocorrência do resultado deve ser atribuída ao perigo criado ou incrementado pela conduta. Quer isto dizer que a imputação somente ocorrerá se, além da criação ou incremento de um risco proibido, o resultado for uma extensão natural da conduta empreendida. Logo, não será causa o comportamento do agente se o evento causado fisicamente pela sua conduta não estiver na linha de desdobramento causal normal da sua ação ou omissão.

Vimos, quando do estudo da teoria da causalidade adequada, que o erro médico no socorro de vítima de disparo de arma de fogo é concausa relativamente independente superveniente que não por si só provocou o resultado, respondendo o atirador por homicídio consumado (e o médico por homicídio culposo). Sob a ótica da imputação objetiva, a solução (imputação) não é assim tão simples, como bem alerta **JUAREZ CIRINO**, lembrando de Roxin¹²². Vejamos.

Se o resultado é **produto exclusivo** do risco posterior (erro médico), então é atribuído ao autor desse risco (falha médica). Suponhamos que o paciente, depois de submetido a cirurgia de emergência, durante sua recuperação no hospital, recebe, por negligência do médico, remédio em dose excessiva, levando-o a óbito. A sua morte é produto exclusivo do erro médico, fazendo com que o atirador responda por homicídio tentado e o médico por homicídio culposo.

Quando o resultado é **produto combinado** de ambos os riscos (lesões em razão do disparo e falha médica), então pode ser atribuído aos respectivos autores, embora o atirador responda por dolo e o médico por culpa. Imaginemos, pois, que a falha médica ocorra durante a cirurgia para estancar a hemorragia na vítima. A combinação dos riscos gerou a morte do paciente.

apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato" (*Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26).

122. Ob. cit., p. 113.

4.3.3. Resultado se encontra dentro do alcance do tipo

Para haver imputação, requer-se, por fim, que o perigo gerado pelo comportamento do agente esteja no alcance do tipo penal, modelo de conduta que não se destina a impedir todas as contingências do cotidiano.

Imaginemos: ANTONIO atira em JOÃO para matar. A vítima, com vida, é socorrida e transportada numa ambulância para cirurgia de urgência. No trajeto, a ambulância, em alta velocidade, colide contra um poste, matando o paciente em apuros.

Como fica a situação do atirador ?

Teoria Tradicional	Teoria da Imputação Objetiva
Existe nexó físico (se não fosse o disparo, JOÃO não estaria na ambulância).	Além do nexó físico, ANTONIO, atirando contra alguém, criou risco proibido. A morte de JOÃO, porém, não se encontra dentro de alcance do tipo. Não é objetivo do art. 121 prevenir mortes causadas por acidentes de veículos que não estejam sob o domínio direto ou indireto do autor de um disparo.
É causa. O acidente é uma concausa relativamente independente que não por si só provocou a morte da vítima. A morte, objetivamente, pode ser imputada a ANTONIO.	Não é causa. A morte não pode ser atribuída a ANTONIO.
Agiu com dolo, respondendo por homicídio doloso.	Havendo dolo, responderá por homicídio tentado.

4.4. Causalidade nos crimes omissivos

O *caput* do artigo 13 do Código Penal prevê como causa a ação ou **omissão** sem a qual o resultado não teria ocorrido. No entanto, como já apontamos anteriormente, não se fala em nexó de causalidade em crime omissivo, mas somente em crimes comissivos dos quais resultem modificação no mundo exterior (resultado naturalístico). O que determina a ligação entre a conduta omissiva do agente e o resultado lesivo é o **nexó estabelecido pela lei (normativo)**. Explica MIRABETE:

“Manteve a lei a disposição em que se afirma que a **omissão** também é causa do resultado. Não há, contudo, nexó causal entre a omissão e o resultado, uma vez que do nada, nada surge. Como bem acentua Damásio, a estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. O omitente responde pelo resultado não porque causou o resultado, mas porque não agiu para impedi-lo, realizando a conduta a que estava obrigado”¹²³.

123. Ob. cit. p. 100.

No mesmo sentido, esclarecem **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO MOLINA**:

“Lógico que no plano naturalístico nós podemos perceber a omissão (o sujeito não faz o que a norma manda) e mentalmente fazer a devida conexão entre ela e o resultado ofensivo ao bem jurídico. Entretanto, para fins penais, não importa esse vínculo mental. Isso não conta, porque a base da responsabilidade penal nos crimes omissivos, reitere-se, não é naturalística, sim, jurídica (puramente normativa, deriva da norma)”¹²⁴.

Preferimos analisar o assunto lembrando existir duas espécies de crime omissivo: próprio e impróprio.

Na **omissão própria**, a lei prevê e pune a inação (conduta omissiva), na qual estará incurso o agente pelo simples fato de não ter atuado na forma determinada. É o que ocorre, por exemplo, na omissão de socorro, no abandono material, no abandono intelectual, na omissão de notificação de doença etc. O nexo normativo, nesses casos, incide para estabelecer o elo entre a conduta omissiva e a omissão tipificada (basta que exista um tipo penal punindo a abstenção e que esta ocorra por parte do agente).

Não se pode ignorar, porém, que determinados crime omissivos próprios podem estar ligados a resultados naturalísticos, majorantes/qualificadoras do delito, como acontece com a omissão de socorro, punida mais rigorosamente quando da não ação ocorre lesão grave ou morte da vítima.

Com razão, ensina **BITENCOURT**:

“Mesmo que a omissão de socorro seja um crime omissivo próprio, que se consuma com a simples inatividade, nesse caso é indispensável que se analise a relação de causalidade.

Enfim, devemos indagar: a ação omitida (em si mesma punível), teria evitado o resultado?

Resultado que, diga-se de passagem, não tinha a obrigação de impedir, mas que ocorreu em virtude de sua abstenção, por não ter desviado ou obstruído o processo causal em andamento. A sua obrigação era agir e não evitar o resultado, e, por isso, via de regra, os crimes omissivos próprios dispensam a investigação sobre a relação de causalidade, porque são delitos de mera atividade, ou melhor, inatividade. No entanto, como essa majorante representa ou resultado material, é indispensável comprovar a relação de causalidade (de não impedimento) entre a omissão e o resultado ocorrido, para legitimar a majoração da pena, nos limites de um direito penal da culpabilidade”¹²⁵.

Na **omissão imprópria**, todavia, a causalidade (também normativa) deve ser analisada sob outro prisma. Nesse caso, a lei não tipifica a conduta omissiva, mas estabelece

124. Ob. cit., vol. 2, p. 102.

125. Ob. cit., vol. 2, p. 264.

regras para que se possa punir o agente por ter praticado crime comissivo por omissão. Estamos diante de um crime de resultado material, exigindo, consequentemente, um nexo entre a ação omitida e o resultado. Esse nexos, no entanto, não é naturalístico (a omissão não causou o resultado). O agente não causa diretamente o resultado, mas permite que ele ocorra abstendo-se de agir quando deveria e poderia fazê-lo para evitar a sua ocorrência. “A mãe que tricota meias ao invés de alimentar o filho, não causa a morte do bebê. Na realidade, a morte do filho é causada pela inanição, isto é, por um processo causal que se desenvolve de forma independente”¹²⁶.

A doutrina se refere, aqui, ao *nexo de evitação*, sobre o qual se deve empregar um juízo hipotético semelhante àquele utilizado no nexos causal: se, imaginada a ação devida, o resultado deixasse de ocorrer, existe o nexos (de evitação), imputando-se o resultado ao omitente (o sujeito não causou o resultado, mas como não o impediu, é equiparado ao verdadeiro causador).

5. TIPICIDADE PENAL

5.1. Evolução da tipicidade penal

O fato típico, como já estudado, é o primeiro substrato do conceito analítico de crime. São seus elementos a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade penal.

A compreensão acerca da tipicidade penal tem evoluído de acordo com as novas concepções sobre o Direito Penal.

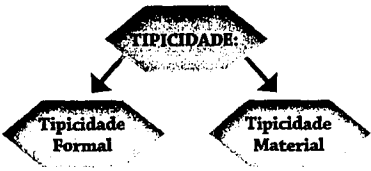
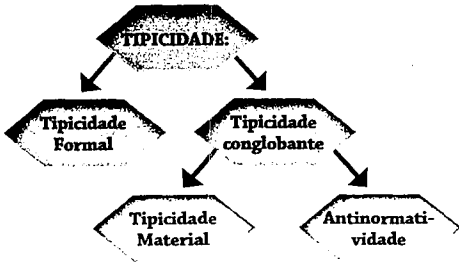
A **teoria tradicional** compreendia a tipicidade sob o aspecto meramente **formal**. Assim, conceituava-se a tipicidade como a subsunção do fato à norma. Deste modo, aquele que subtraía uma caneta “bic” de uma papelaria praticava conduta típica, ajustando-se seu comportamento à norma estampada no artigo 155 do Código Penal (“*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”).

Para a doutrina **moderna**, entretanto, a tipicidade penal engloba tipicidade formal e tipicidade material. A tipicidade penal deixou de ser mera subsunção do fato à norma, abrindo também juízo de valor, consistente na relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. É somente sob essa ótica que se passa a admitir o princípio da insignificância como hipótese de atipicidade (material) da conduta. Assim, no exemplo acima, embora haja tipicidade formal, a conduta do agente que subtraiu a caneta “bic” não representa lesão relevante e intolerável ao bem jurídico tutelado.

Eugênio Raul ZAFFARONI, incrementando a concepção moderna desse importante elemento do fato típico, desenvolve a **teoria da tipicidade conglobante**. Aqui, a tipicidade penal é a soma entre tipicidade formal e tipicidade conglobante, esta composta pela tipicidade material e antinormatividade do ato (ato não determinado ou não incentivado por lei).

126. Ob. cit., p. 512.

Em síntese:

Teoria clássica	Tipicidade penal = tipicidade formal (mero ajuste do fato à norma penal incriminadora).
Teorias modernas	Tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade material (relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado). 
Teoria da tipicidade conglobante (Zaffaroni)	A tipicidade penal = tipicidade formal + tipicidade conglobante (soma da tipicidade material e atos antinormativos). 

Em face da sua importância, vamos aprofundar esta última concepção.

5.2. Tipicidade conglobante

A proposta da teoria da tipicidade conglobante é harmonizar os diversos ramos do Direito, partindo-se da premissa de unidade do ordenamento jurídico. É uma incoerência o Direito Penal estabelecer proibição de comportamento determinado ou incentivado por outro ramo do Direito (isso é desordem jurídica). Dentro desse espírito, para se concluir pela tipicidade penal da conduta causadora de um resultado, é imprescindível verificar não apenas a subsunção formal fato/tipo e a relevância da lesão ou perigo de lesão, mas também se o comportamento é **antinormativo**, leia-se, não determinado ou incentivado por qualquer ramo do Direito.

ZAFFARONI e **PIERANGELI** explicam (e exemplificam):

“Suponhamos que somos juízes e que é levada a nosso conhecimento a conduta de uma pessoa que, na qualidade de oficial de justiça, recebeu uma ordem, emanada por juiz competente, de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, e que, em cumprimento desta ordem judicial e das funções que por lei lhe competem, solicita o

auxílio da força pública, e, com todas as formalidades requeridas, efetivamente sequestra a obra, colocando-a à disposição do Juízo. O mais elementar senso comum indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal, que de modo algum pode ser delito, mas por quê?

Receberemos a resposta de que esta conduta enquadra-se nas previsões do art. 23, III, do CP: 'Não há crime quando o agente pratica o fato...em estrito cumprimento de dever legal...'. É indiscutível que ela aí se enquadra, mas que caráter do delito desaparece quando um sujeito age em cumprimento de um dever?

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica.

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe.

(...)

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao 'subtraire, para si ou para outrem, coisa alheia móvel' (art. 155, caput, do CP), mas que não é alcançado pela proibição do 'não furtarás'¹²⁷.

Da lição, conclui-se que a tipicidade conglobante tem como consequência a transferência do estrito cumprimento de um dever legal e do exercício regular de direito incentivado da ilicitude para a tipicidade, servindo como suas causas de exclusão¹²⁸.

5.3. Espécies de tipicidade formal

São **duas** as espécies de tipicidade formal (ou formas de adequação típica).

A **primeira** é a **adequação típica imediata ou direta**, na qual se opera um ajuste entre o fato e a norma penal sem depender de dispositivo complementar. Através de um único dispositivo se alcança a subsunção entre a conduta e o tipo penal.

Exemplo: "A" matou "B". O comportamento de "A" se subsume, com perfeição, ao disposto no artigo 121 do Código Penal ("matar alguém").

Há situações, todavia, em que a subsunção entre o fato e a lei penal incriminadora dependerá de uma norma auxiliar.

Trata-se da **segunda** espécie de tipicidade formal.

127. Ob. cit., p. 435-6.

128. Percebe-se que a legítima defesa e o estado de necessidade não migraram porque não são incentivados, mas sim tolerados por lei.

Nesses casos, estaremos diante da **adequação típica mediata ou indireta**. O ajuste entre o fato e a norma somente se realiza através da conjugação do tipo penal com uma **norma de extensão**.

As normas de extensão, que permitem a subsunção indireta, podem ser:

(A) Norma de extensão temporal.

A conduta de “tentar matar alguém” somente é punível em razão da norma descrita no artigo 14, II, do Código Penal¹²⁹. Sem essa norma, lendo o artigo 121 do Estatuto Repressor, a conclusão seria pela atipicidade do comportamento.

(B) Norma de extensão pessoal e espacial

O artigo 29 do Código Penal¹³⁰, que dispõe sobre o concurso de pessoas, reflete uma norma auxiliar, cuja existência permite a subsunção indireta da conduta do partícipe (que não realiza o núcleo do tipo, mas, de qualquer modo, concorre para o delito). Note-se que aquele que praticar a conduta de “vigiar o local enquanto alguém realiza o crime de homicídio” é um fato, *a priori*, atípico, porque não se encontra previsto em qualquer norma penal. Contudo, conjugando o artigo 29 com o artigo 121, ambos do Código Penal, é possível realizar a adequação típica, punindo aquele que se limitou a vigiar, como partícipe, permitindo a execução de um homicídio¹³¹.

(C) Norma de extensão causal

Insculpida no artigo 13, §2º, do Código Penal, a regra estabelece a “relevância da omissão”, tornando-a típica (através da adequação indireta). Se não fosse o dispositivo mencionado, a mãe que deixa de amamentar a sua filha não seria responsabilizada penalmente, porque a sua omissão, de fato, não causou a morte (mas sim a inanição). Graças ao referido dispositivo, por não ter evitado o resultado, é equiparada ao seu causador.

5.4. Tipo penal: elementos

O “tipo” penal retrata modelo de conduta proibida pelo ordenamento jurídico-penal. Na descrição do comportamento típico, vale-se o legislador de **elementos objetivos e subjetivos**. Os primeiros estão relacionados aos aspectos materiais e normativos do delito, enquanto os segundos, relacionados à finalidade especial que anima o agente.

Os **elementos objetivos** podem ser classificados em:

129. CP. Art. 14. *Diz-se o crime: II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

130. CP. Art. 29. *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

131. Observe-se que o artigo 29 só é aplicado para o partícipe que não praticou o núcleo (matar, subtrair). A conduta do codelinqüente, pessoa que também realiza o verbo do tipo, adequa-se de forma direta, sendo desnecessária a norma de extensão.

(A) **Elementos objetivos descritivos**, identificados por descreverem os aspectos materiais da conduta, como objetos, tempo, lugar, forma de execução. São elementos que não dependem de valoração para a inteligência do seu significado.

A doutrina causalista, capitaneada por **BELING**, entendia o tipo como norma meramente descritiva, visão superada por **MAYER** que identificou os elementos normativos – embora os visse como “corpos estranhos” do tipo. Nesse sentido, aponta **HELENO CLAUDIO FRAGOSO**:

“**BELING** afirmava ser o tipo puramente descritivo, mesmo quando referido a valor, nele havendo completa ausência de conteúdo valorativo. Seria, assim, pura objetividade. Max Ernst Mayer, porém, assinalou a existência de *elementos* normativos, ou seja, elementos essenciais da conduta típica que têm apenas uma importância valorativa determinada”¹³².

(B) **Elementos objetivos normativos**, que são caracterizados como elementos cuja compreensão passa pela realização de um juízo de valor.

Nesse sentido, a interpretação de expressões como “funcionário público”, “documento” e “coisa alheia”, “decoro” e “pudor”, presentes em vários tipos penais, demandam do intérprete valoração para serem apreendidos e aplicados.

(C) **Elementos objetivos científicos**, caracterizados por transcenderem o mero elemento normativo, cuja apreensão exige conhecimento do seu significado estampado na ciência natural. A Lei nº 11.105/2005, no seu art. 24, pune utilizar *embrião humano* em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei. Ora, a expressão destacada (embrião humano) não demanda juízo de valor, bastando conhecer seu significado esclarecido pela biologia.

Por fim, temos os **elementos subjetivos**, relacionados com a finalidade específica que deve ou não animar o agente. Também se dividem em: **a) positivos**: a finalidade que deve animar o agente para que o fato seja típico; **b) negativos**: a finalidade que não deve animar o agente para gerar a tipicidade.

O art. 33, § 3º, da Lei de Drogas, por exemplo, pune com detenção de 6 meses a 1 ano e multa quem oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Percebe-se na redação típica uma finalidade especial que deve animar o agente (“para juntos a consumirem”) e outra que não deve animar o sujeito ativo (“sem objetivo de lucro”).

Há também referência na doutrina a **elementos modais**, relacionados especificamente a circunstâncias de tempo, local e modo de execução (tratados, no geral, como elementos objetivos) sem as quais o crime não se caracteriza. Seria, por exemplo, elemento modal de tempo no crime de roubo impróprio o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa *logo depois* de subtraída a coisa. Se o interregno entre a subtração e a violência

132. *Conduta Punível*. Ob. cit., p. 138-140.

ou a grave ameaça se estender além do razoável, afasta-se o roubo para a caracterização do furto em concurso material com a lesão corporal ou com a ameaça.

5.5. Tipo penal: modalidades

O tipo penal pode se apresentar sob diversas formas, cuja classificação analisaremos a seguir:

(A) tipo congruente e tipo incongruente: o tipo será **congruente ou simétrico** quando apresentar simetria entre os elementos objetivos e subjetivos; será **incongruente ou assimétrico** quando não houver essa simetria. São hipóteses de tipo incongruente o **crime formal**, o **crime tentado** e o **crime preterdoloso**.

De fato, no crime formal a intenção do agente vai além do que o tipo exige para a consumação. O autor quer mais do que o legislador entende suficiente para caracterizar o crime. Na extorsão mediante sequestro, por exemplo, o extorsionário sequestrador quer o resgate, mas para a configuração do delito basta que haja privação da liberdade da vítima.

O crime tentado, apesar de subjetivamente completo (o dolo de quem mata é o mesmo de quem tenta matar), é objetivamente incompleto.

Por fim, no crime preterdoloso, a intenção do agente fica aquém do que objetivamente alcança. Na lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), por exemplo, o agressor quer provocar determinado resultado (lesão), mas, por culpa, acaba provocando um mais grave do que o desejado (morte), respondendo por este

(B) tipo normal e tipo anormal: o primeiro se caracteriza por exibir apenas elementos objetivos, ao passo que o segundo contém também elementos subjetivos e/ou normativos. Para aqueles que se alinham à teoria finalista, todos os tipos penais serão anormais, pois, para esta teoria, como vimos, o dolo e a culpa estão contidos na conduta, um dos elementos do fato típico. Daqui surge o conceito de tipo complexo, que, para os finalistas, reúne os elementos objetivos e subjetivos.

(C) tipo simples e tipo misto: o tipo simples é o que contém apenas um núcleo caracterizador da conduta. No caso do homicídio, o núcleo é *matar*. Já o tipo misto se destaca por apresentar duas ou mais condutas nucleares, daí surgindo os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado.

O tipo misto pode ser alternativo ou cumulativo. É alternativo quando a lei estabelece diversos núcleos que, se praticados no mesmo contexto fático, caracterizam o cometimento de apenas um delito. No tráfico de drogas, por exemplo, se “A” importa a pasta base de cocaína, prepara a substância e expõe o produto final à venda, será punido por apenas um delito, embora, no caso, a pena possa ser aumentada com base nas circunstâncias judiciais. O tipo é misto cumulativo quando a lei estabelece várias condutas nucleares que, se praticadas seguidamente, ainda que em contexto único, ensejam o concurso material. É o caso, por exemplo, do art. 198 do Código Penal, que pune as condutas de **constranger** alguém, mediante violência ou grave ameaça, **a celebrar** contrato de trabalho, ou **a não fornecer** a outrem ou **não adquirir** de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola.

(D) tipo fechado e tipo aberto: o tipo penal é fechado quando descreve por completo a conduta criminosa, sem a necessidade de que o intérprete busque elementos externos para encontrar seu efetivo sentido. Dessa forma, ao descrever o ato de “matar alguém”, o art. 121 do Código Penal esgota a descrição típica porque dali se extrai todo o necessário para a subsunção da conduta. O tipo penal aberto, por outro lado, é incompleto, demandando do intérprete um esforço complementar para situar o seu alcance. Ao estabelecer, no § 3º, a pena de detenção de um a três anos “se o homicídio é culposo”, o art. 121 impõe ao aplicador da lei que explore os conceitos de culpa para apurar se a conduta se adequa ao tipo penal. Note-se que o tipo penal aberto não se confunde com a norma penal em branco, em que a complementação não é interpretativa, mas normativa.

(E) tipo fundamental e tipo derivado: tipo fundamental é o que estabelece a forma básica por meio da qual o delito pode ser cometido, figurando normalmente no *caput* do dispositivo legal (exceção, no Código Penal, é o excesso de exação, que, embora esteja no § 1º do art. 316, é tipo fundamental). Tipo derivado, como a denominação sinaliza, é constituído a partir do tipo fundamental, inserindo circunstâncias que o qualificam ou que aumentam ou diminuem a pena. Dessa forma, em síntese, o art. 157 do Código Penal, no *caput*, tipifica o roubo simples (tipo fundamental); no § 2º, institui causas de aumento de pena a depender das circunstâncias do roubo (tipo derivado).

(F) tipo de autor e tipo de fato: tipo de autor é aquele em que a punição recai em alguém em razão de sua condição pessoal, não da prática de determinada conduta. Trata-se de figura que perde cada vez mais espaço para ceder lugar ao tipo de fato, que pune a conduta criminosa pelo perigo ou pelo dano que esta representa.

Capítulo III

ILICITUDE

Sumário • 1. Conceito; 2. Relação entre tipicidade e ilicitude; 3. Causas excludentes da ilicitude (descriminantes ou justificantes); 3.1. Estado de necessidade; 3.1.1. Requisitos do estado de necessidade; 3.2. Legítima defesa; 3.2.1. Requisitos da legítima defesa; 3.2.2. Legítima defesa e erro na execução; 3.3. Estrito cumprimento de um dever legal; 3.4. Exercício regular de um direito; 3.4.1. A problemática dos “ofendículos”; 3.5. Consentimento do ofendido; 4. Excesso nas justificantes; 5. Discriminante putativa;

1. CONCEITO

A ilicitude, também denominada de **antijuridicidade**¹³³, é o segundo substrato do conceito analítico de crime¹³⁴. Deve ser entendida como conduta típica não justificada, espelhando a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico como um todo.

Como vimos, para existir o **crime**, deve ser demonstrado que uma conduta gerou um resultado com ajuste (formal e material) a um tipo penal (**fato típico**). Em seguida, é imprescindível verificar se essa violação típica não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico: se permitida, não há ilicitude (desaparecendo o próprio crime); se não permitida, há ilicitude.

Explicam ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP [apropriação indébita], mas que não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal, mas sim do direito privado (art. 1470 do CC/02).

133. É sabido que na teoria geral do direito, “crime” constitui **fato jurídico**. Assim, a expressão “antijuridicidade” como elementar do “crime” gera indisfarçável contradição: “crime” é um **fato jurídico** e, simultaneamente, **antijurídico** (como pode algo **ser** e **não ser**, ao mesmo tempo?). Flávio Monteiro de Barros esclarece que a contradição é apenas aparente, porquanto o termo “antijuridicidade” é usado exclusivamente na teoria geral do crime, que não se confunde com a teoria geral do direito (ob. cit. p. 301).

134. Registre-se que, independentemente da corrente doutrinária que se adote, a antijuridicidade sempre faz parte do crime.

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa de preceitos permissivos.

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no direito civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.)¹³⁵.

2. RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Questão importante levantada pela doutrina diz respeito à relação entre a tipicidade e a ilicitude: assim, comprovado o fato típico, qual a consequência no campo da ilicitude? Excluída a ilicitude, o fato permanece típico? Quatro teorias debatem o tema:

(A) Teoria da autonomia ou absoluta independência

Defendida por ERNST LUDWIG von BELING (1906), para esta teoria a tipicidade não tem qualquer relação com a ilicitude. Primeiro se comprova o fato típico para, num segundo momento, demonstrar a ilicitude, tratando-se de substratos absolutamente independentes na construção analítica do crime.

Conclusão: fato típico não desperta juízo de valor no campo da ilicitude. Quando excluída a antijuridicidade, o fato permanece típico. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico, devendo ser analisada a ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, permanecendo típico.

(B) Teoria da indiciarietade ou da “*ratio cognoscendi*”

Idealizada por Mayer em 1915, entende que a existência do fato típico gera uma presunção (relativa) de que é também ilícito. Não há (ao contrário da anterior) uma absoluta independência entre esses dois substratos, mas uma relativa dependência.

Conclusão: fato típico desperta indícios de ilicitude, apesar de permanecer íntegro quando excluída a antijuridicidade do comportamento. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico e indícios de ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, que, no entanto, permanece típico.

(C) Teoria da absoluta dependência ou “*ratio essendi*”

A teoria da *ratio essendi*, encampada por MEZGER em 1930, cria o conceito de tipo total do injusto, levando a ilicitude para o campo da tipicidade. Em outras palavras, a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência entre esses elementos do delito.

135. Ob. cit., p. 540-1.

Conclusão: não havendo ilicitude, não há fato típico. Quando JOÃO mata ANTONIO, temos um fato típico, o qual só permanece como tal se também ilícito. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade e a tipicidade do comportamento.

(D) Teoria dos elementos negativos do tipo

Para esta teoria, o tipo penal é composto de elementos positivos (expressos) aos quais se somam elementos negativos (implícitos), quais sejam, causas excludentes de ilicitude. Para que o comportamento do agente seja típico não basta realizar os elementos positivos expressos no tipo, mas não pode configurar qualquer dos elementos negativos. O crime de homicídio deverá ser lido: “matar alguém (elemento positivo expresso), desde que não esteja presente uma excludente de ilicitude (elemento negativo implícito)”.

Conclusão: para que o fato seja típico, os elementos negativos – excludentes de ilicitude – não podem existir. Constatase uma absoluta relação de dependência entre fato típico e a ilicitude, um pressupondo a existência do outro. Quando JOÃO mata ANTONIO, para que o fato seja típico, JOÃO não pode ter agido em legítima defesa¹³⁶.

☑ Na relação tipicidade x ilicitude, qual teoria norteia nosso ordenamento jurídico?

De acordo com a doutrina majoritária, o Brasil seguiu a teoria da indiciabilidade ou da *ratio cognoscendi*. Assim, provada a tipicidade, há indícios de ilicitude (ou antijuridicidade). Essa suspeita provoca uma consequência importante: o ônus da prova sobre a existência da causa de exclusão da ilicitude é da defesa (de quem alega).

Comprovada a causa de exclusão da ilicitude	Comprovado que o fato não ocorreu sob o manto de causa de exclusão de ilicitude.	Ficou a dúvida se o fato típico está (ou não) justificado por causa de exclusão da ilicitude.
Juiz absolve	Juiz condena	Juiz condena (não se aplicando o <i>in dubio pro reo</i> quando o ônus é da defesa).

Ocorre que, em 2008, com a reforma do Código de Processo Penal (Lei nº 11.690/2008), o juiz deve absolver o acusado quando “*existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência*” (destaque nosso).

Parece-nos que, agora, está absolutamente claro que a dúvida **razoável** sobre a existência ou não da excludente de ilicitude favorece o réu, devendo o magistrado absolvê-lo com fundamento no artigo 386, VI, parte final, do Código de Processo Penal. Em resumo: havendo dúvida, deve o réu ser condenado (não se aplicando o *in dubio pro reo*); no caso de dúvida **razoável**, o réu merece ser absolvido. Deste modo, foram relativizados os efeitos da teoria da indiciabilidade no ônus probatório.

136. Essa teoria possui o mesmo resultado prático da teoria anterior, embora com ela não se confunda, porque construída, sobre bases diferentes.

O juiz absolve	O juiz condena	O juiz condena	O juiz absolve (aplicando o <i>in dubio pro reo</i>)

3. CAUSAS EXCLUDENTES DA ILICITUDE (DESCRIMINANTES OU JUSTIFICANTES)

A conduta humana formal e materialmente típica é somente indício de ilicitude, que pode ser excluída diante da prova (ou fundada dúvida) da presença de alguma causa excludente da antijuridicidade. Essas causas estão previstas, principalmente (e não exclusivamente), na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente no seu artigo 23, que anuncia: “*não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito*”.

Entretanto, é possível encontrá-las espelhadas no ordenamento jurídico, como se percebe da simples leitura do artigo 128 do Código Penal (aborto justificado) ou do artigo 1470 do Código Civil (apropriação justificada). Explicam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“As razões que dão sustento às causas de justificação podem mudar constantemente, pois se trata de um momento sistemático no qual se procura dar uma solução social aos conflitos. Por esse motivo, as causas de justificação podem ser muitas. Inclusive aparecem na Parte Especial para alguns crimes, e nestes casos *não podem* ser aplicadas analogicamente a outras hipóteses semelhantes.

As causas de justificação provêm de todo o âmbito do direito, ainda que suas regras básicas sejam encontradas no próprio Código Penal. Isto não implica que estejam plenamente formuladas no texto da lei penal, mas que o Código, através de determinadas causas de justificação como o estrito cumprimento de um dever legal ou o exercício regular de um direito (art. 23, III do CP) permite corrigir discordâncias normativas. As leis não são perfeitas e portanto encerram contradições: o que é proibido como caráter geral pode não o ser em determinadas circunstâncias. A autorização que, para certa conduta, outorguem as normas que regulam qualquer ramo do direito (cível, mercantil, administrativo etc.) exclui a antijuridicidade da conduta para efeitos penais. Inclusive incidirão o costume, a jurisprudência, os princípios gerais ou os Tratados Internacionais na medida em que sejam reconhecidos pelos outros ramos do direito. A unidade do ordenamento apresenta, neste aspecto, toda sua validade. A tarefa do operador jurídico encarregado de fazer a valoração consiste em determinar a existência de normas que permitam a comissão de determinados crimes e inclusive de eliminar qualquer falta de coordenação normativa”¹³⁷.

137. Ob. cit. p. 385-6.

Ademais, é possível sustentar a existência de causas de justificação que não se encontrem em lei. Entre nós, o **consentimento do ofendido** é a **causa supralegal** excludente da ilicitude pacificamente reconhecida, apesar da divergência doutrinária sobre seus contornos e requisitos.

☑ ***A decisão de arquivamento do inquérito policial com fundamento na exclusão da ilicitude faz coisa julgada material?***

Sabe-se que o art. 18 do Código de Processo Penal estabelece que, uma vez arquivado o inquérito, a autoridade policial poderá efetuar diligências se tiver notícia de novas provas do crime. No entanto, o STJ já decidiu que, tratando-se de arquivamento fundamentado na legítima defesa, a decisão faz coisa julgada material, impedindo o desarquivamento do procedimento investigatório para a realização de novos atos investigatórios. Assim ocorre porque, no momento em que o órgão acusatório analisa o resultado da investigação, o princípio vigorante é o de *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, denuncia-se o agente para que, na instrução processual, seja apurada adequadamente sua responsabilidade. Se, ao final da instrução, permanece a dúvida, beneficia-se então o réu, que deve ser absolvido (*in dubio pro reo*). Nesse quadro, se o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito constatando ter o agente atuado sob exclusão da ilicitude, o fez porque tinha absoluta certeza das circunstâncias do fato, pois, do contrário, haveria de ter oferecido a denúncia para que o agente eventualmente comprovasse a justificante em juízo. Logo, se a promoção do arquivamento se baseou na certeza absoluta, não é possível posteriormente modificar essa certeza para a realização de novas diligências que poderão ensejar a persecução criminal¹³⁸⁻¹³⁹.

Essa orientação, todavia, não é compartilhada pelo STF, que, julgando *habeas corpus* em que o inquérito havia sido arquivado pela Justiça Militar, mas, posteriormente, diante do surgimento de novas provas, foi retomado, em razão das disposições da Lei nº 9.299/96, pela Polícia Civil, asseverou:

“A decisão da Justiça Militar, na hipótese em comento, não afastara o fato típico ocorrido, mas sim sua ilicitude, em razão do estrito cumprimento do dever legal, que o Ministério Público entendera provado a partir dos elementos de prova de que dispunha até então. Nesse diapasão, o eventual surgimento de novos elementos de convicção teria o condão de impulsionar a reabertura do inquérito na justiça comum, a teor do art. 18 do CPP (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de

138. REsp 791471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/12/2014.

139. O mesmo entendimento incide no arquivamento promovido por ausência de tipicidade ou de culpabilidade. A tendência é de que, em nome da segurança jurídica, arquivamentos nos quais o órgão acusatório esgote o mérito e, como já mencionado, se manifeste com certeza a respeito dos fatos investigados, sejam imutáveis, razão por que somente seriam passíveis de desarquivamento aqueles procedimentos encerrados por insuficiência de elementos aptos a fundamentar a acusação (indícios de autoria e prova da materialidade delitiva).

base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”). Na espécie, a simples leitura das provas constantes dos autos apontaria uma nova versão para os fatos delituosos, em consequência do prosseguimento das investigações na justiça comum, não havendo impedimento legal para a propositura da nova ação penal contra o paciente naquela seara. Vencido o Ministro Teori Zavascki (relator), que entendia estar configurada a coisa julgada material¹⁴⁰.

Passaremos a estudar as várias descriminantes trazidas pelo artigo 23 do Código Penal, como também o consentimento do ofendido.

3.1. Estado de necessidade

Nos termos do artigo 24 do Código Penal, “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”.

Percebe-se que a noção de estado de necessidade remete a ideia de sopesamento de bens diante de uma situação adversa de risco de lesão: se há dois bens em perigo, permite-se que seja sacrificado um deles, pois a tutela penal, nas circunstâncias do caso concreto, não consegue proteger a ambos.

Esclarece **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“O fundamento jurídico do estado de necessidade reside, portanto, no conflito de interesses que tal adversidade faz nascer, compelindo o sujeito ativo, em vista da situação de perigo que se descortina, a atuar, movido pelo instinto de conservação, para preservar e proteger seu próprio bem jurídico, ainda que à custa da violação de direito de outrem”¹⁴¹.

☒ *O estado de necessidade é faculdade ou direito?*

Segundo **NÉLSON HUNGRIA**, a justificante retrata uma faculdade, pois, diante do perigo, abre-se a possibilidade de ação para a preservação do bem jurídico. De acordo com o autor, não se pode ter como direito o estado de necessidade porque a um direito corresponde necessariamente uma obrigação, mas, no contexto dessa justificante, nenhum dos titulares dos bens jurídicos envolvidos está obrigado a suportar a lesão.

ANÍBAL BRUNO, por sua vez, entende se tratar de um direito, mas exercido contra o Estado (não contra o titular do bem jurídico lesado), que está obrigado, diante da caracterização da eximente, a reconhecer a inexistência do crime.

140. HC 125101/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 11/09/2015.

141. Ob. cit. p. 391.

Pode-se dizer que nenhuma das orientações deve ser completamente refutada, mas, antes, combinadas, pois ao mesmo tempo em que o estado de necessidade traduz uma faculdade entre os titulares dos bens jurídicos, caracteriza-se como um direito perante o Estado.

3.1.1. *Requisitos do estado de necessidade*

Da simples leitura do art. 24, depreendem-se os **requisitos objetivos** do estado de necessidade:

(A) **Perigo atual**

O perigo atual aparece como primeiro requisito da situação de necessidade. Cuida-se do risco presente, real, gerado por fato humano, comportamento de animal (não provocado pelo dono) ou fato da natureza, sem destinatário certo.

Discute-se se o perigo iminente (prestes a desencadear-se) justifica a conduta pelo estado de necessidade. Diante do silêncio da lei, a maioria da doutrina ensina que o perigo iminente não autoriza a descriminante. **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**, no entanto, não sem razão anota:

“Cumpre, porém, não confundir o perigo atual ou iminente com a iminente realização do dano. Para a configuração do estado de necessidade, basta um perigo atual ou iminente; pouco importa se o dano irá produzir-se em brevíssimo tempo ou depois de passadas algumas horas. Se, por exemplo, o navio começa a afundar, já há um perigo atual. Se o naufrágio total ocorrer em poucos minutos, haverá perigo atual com dano iminente. Se, todavia, demorar algumas horas, haverá perigo atual com dano não iminente. Em ambos os casos, desde que inevitável o fato necessitado, o agente poderá invocar estado de necessidade, furtando, por exemplo, o único salva-vidas disponível. Cumpre destacar, contudo, que o estado de necessidade não pode ser invocado quando o perigo pode ser evitado por outro modo. Assim, o intervalo de tempo existente entre o perigo e a efetivação do dano, às vezes dificulta a invocação do estado de necessidade, porque nesse caso quase sempre o bem jurídico poderia ser salvo por outro modo”¹⁴².

O estado de necessidade, quanto a existência do perigo, é classificado em: **real**, quando a situação de perigo efetivamente existe (exclui a ilicitude); **putativo**, quando o sujeito atua em face de perigo imaginário (não exclui a ilicitude, como veremos no capítulo das descriminantes putativas).

(B) **Que a situação de perigo não tenha sido causada voluntariamente pelo agente.**

Não pode invocar estado de necessidade aquele que “*provocou por sua vontade*” o perigo.

142. Ob. cit. p. 314.

De acordo com as lições da maioria, a expressão “voluntariamente” é indicativa somente de dolo, não abrangendo a culpa em sentido estrito. Assim, diante do perigo gerado por incêndio, o seu causador doloso não pode invocar a descriminante, mas o negligente pode.

MIRABETE discorda:

“Diante da norma do art. 13, § 2º, ‘c’, do CP, que obriga agir para evitar o resultado aquele que, com seu comportamento anterior (ainda que culposos), criou o risco da ocorrência do resultado, forçoso concluir que se deve excluir o estado de necessidade também nos crimes comissivos quando o agente provocou culposamente o perigo”¹⁴³.

(C) Salvar direito próprio ou alheio

O estado de necessidade se configura quando o agente, diante da real situação de perigo, busca salvar direito próprio (**estado de necessidade próprio**) ou direito alheio (**estado de necessidade de terceiro**).

Na salvaguarda do interesse alheio é indispensável a autorização ou posterior ratificação do titular do direito ameaçado? **FLÁVIO MONTEIRO**, com precisão, responde:

“O estado de necessidade de terceiro inspira-se no princípio da solidariedade humana. Tratando-se, porém, de bens disponíveis, alguns autores sustentam a necessidade da aquiescência do titular do direito exposto a perigo de lesão. Não procede o raciocínio, pois a vontade do terceiro em perigo, como dizia La Medica, não é tomada em consideração; é substituída pela vontade do agente, juridicamente superior. Sobremais, em muitos casos não há nem tempo para pedir a concordância do terceiro”¹⁴⁴.

(D) Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.

Conforme preceitua o §1º do artigo 24 do Código Penal: “*Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo*”.

Quer o dispositivo se referir a pessoas que, em razão da função ou ofício, têm o dever legal de enfrentar a situação de perigo (desde que possível de ser enfrentado), não lhes sendo lícito sacrificar bens alheios para a defesa do seu próprio direito.

☒ ***Quais personagens possuem esse dever?***

Parcela da doutrina entende por **dever legal** apenas aquele derivado de mandamento legal (art. 13, § 2º, “a”, do CP). A maioria, contudo, atenta a Exposição de Motivos do Código Penal, discorda, tomando a expressão (dever legal) no seu sentido amplo,

143. Ob. cit. p. 173.

144. Ob. cit. p. 315-6.

abarcando, assim, o conceito de **dever jurídico** (art. 13, § 2º, “a”, “b” e “c”, do CP). É o que pensa Nucci:

“O dever legal é o resultante de lei, considerada esta em seu sentido lato. Entretanto, deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o dever jurídico, aquele que advém de outras relações previstas no ordenamento jurídico, como o contrato de trabalho ou mesmo a promessa feita pelo garantidor de uma situação qualquer. Identicamente: Bento de Faria (Código Penal brasileiro comentado, v. 2, p. 197). No prisma da ampliação do significado, pode-se citar o disposto na Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 (não alterada pela atual, como se vê no item 23): ‘A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico’. Por isso, tem o dever de enfrentar o perigo tanto o policial (dever advindo da lei), quanto o segurança particular contratado para a proteção de seu empregador (dever jurídico advindo do seu contrato de trabalho). Nas duas situações, não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo qualquer ato de heroísmo ou abdicação de direitos fundamentais, de forma que o bombeiro não está obrigado a se matar, em um incêndio, para salvar terceiros, nem o policial a enfrentar o perigo irracional somente pelo disposto no art 24, § 1º. A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furem ao seu compromisso”¹⁴⁵.

(E) Inevitabilidade do comportamento lesivo

O comportamento deve ser absolutamente inevitável para salvar o direito próprio ou de terceiro diante da concreta situação de perigo. É preciso que o único meio para salvar o direito próprio ou de terceiro seja o cometimento do fato lesivo, sacrificando-se bem jurídico alheio. O caso concreto dirá se o comportamento lesivo era ou não inevitável. Assim, mostrando-se viável a fuga do boi bravo que se encaminha para o ataque, esta opção deve ser escolhida, inexistindo estado de necessidade caso o agente resolva matar o animal.

Quanto ao **terceiro que sofre a ofensa**, o estado de necessidade classifica-se em: **defensivo**, quando o agente, ao agir em estado de necessidade, sacrifica bem jurídico do próprio causador do perigo; e **agressivo**, quando o bem sacrificado é de terceiro que não criou ou participou da situação de perigo¹⁴⁶.

(F) Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado

No estudo do fato necessitado, impõe-se a análise da ponderação de bens, leia-se, a proporcionalidade entre o **bem protegido** e o **bem sacrificado**.

145. Ob. cit. p. 243.

146. No estado de necessidade defensivo, o agente não tem a obrigação de reparar o dano. De modo diverso ocorre no agressivo, situação em que o dano gerado ao terceiro que não criou a situação de perigo deverá ser reparado, admitindo-se, todavia, ação regressiva contra o causador do risco.

Duas teorias discutem a matéria:

(i) **Teoria diferenciadora** – se bem jurídico sacrificado tiver valor menor ou igual ao do bem jurídico salvaguardado, haverá estado de necessidade de justificante (excludente de ilicitude); se o bem sacrificado tiver valor maior que o bem protegido, haverá estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade).

(ii) **Teoria unitária** – não reconhece o estado de necessidade exculpante, mas apenas o justificante (que exclui a ilicitude). Assim, se o comportamento do agente, diante de um perigo atual, busca evitar mal maior, sacrificando direito de igual ou menor valor que o protegido, pode-se invocar a descriminante do estado de necessidade; se o bem jurídico sacrificado for mais valioso que o protegido, haverá redução de pena.

	Bem protegido	Bem sacrificado	Estado de necessidade
Teoria Diferenciadora	Valor maior ou igual	Valor menor ou igual	Justificante
	Valor menor	Valor maior	Exculpante
Teoria Unitária	Valor maior ou igual	Valor menor ou igual	Justificante
	Valor menor	Valor maior	Hipótese de redução de pena.

Suponhamos que JOÃO, para salvar sua vida em risco, sacrifica o patrimônio de ANTONIO. Para as duas teorias JOÃO pode invocar estado de necessidade, excluindo a ilicitude do seu comportamento. Imaginemos situação inversa: JOÃO, para salvar seu patrimônio em perigo, mata ANTONIO. Para a teoria diferenciadora, pode o caso configurar causa de exclusão da culpabilidade (estado de necessidade exculpante); já para os adeptos da teoria unitária, JOÃO praticou crime, incidindo, conforme as circunstâncias, causa de diminuição de pena.

O Código Penal, como se percebe da redação do § 2º, do art. 24, adotou a teoria unitária: § 2º. *Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito quando ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*¹⁴⁷.

No julgamento do grau de importância do bem jurídico protegido em confronto com o bem jurídico sacrificado, deve ser considerado um sistema objetivo, de hierarquia de bens jurídicos em abstrato de acordo com princípios, regras e valores constitucionais, sem ignorar as circunstâncias do caso concreto, em especial, o estado de ânimo do agente.

Por fim, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, não sem razão, alerta:

“Havendo conflito entre deveres de igual valor, predomina a manutenção da situação preexistente. Não pode, pois, o médico, diante

147. O Código Penal Militar, por sua vez, acolheu a teoria diferenciadora (art. 39 e art. 45, parágrafo único).

de dois pacientes necessitando de socorro e só dispondo de um único aparelho salvador, cessar o socorro já iniciado, em relação a um, para instalar o aparelho no que chegou por último, com sacrifício da vida do primeiro”¹⁴⁸.

(G) Conhecimento da situação de fato justificante.

Als requisitos objetivos acima enunciados, a doutrina acrescenta um de caráter **subjetivo**, justamente o conhecimento da situação de fato justificante (consciência e vontade de salvar direito próprio ou alheio).

☒ *Cabe estado de necessidade em crime habitual e permanente?*

Exigindo a lei como requisitos o perigo atual, a inevitabilidade do comportamento lesivo e a não-razoabilidade de exigência do sacrifício do direito ameaçado, referindo-se às “circunstâncias” do fato, não se tem admitido estado de necessidade nos delitos habituais (que demandam, para sua configuração, reiteração de atos) e permanentes (cuja consumação de se prolonga no tempo, perdurando enquanto não cessada a permanência).

Dentro desse espírito, não pode alegar estado de necessidade quem exercita ilegalmente a medicina (crime habitual), ainda que tenha como fim suprir a falta de profissional em zona distante do centro urbano, ou a mãe que submete o filho ao cárcere privado (delito permanente) para impedi-lo de continuar usando drogas. Esses comportamentos, porém, apesar de típicos e ilícitos, conforme as circunstâncias do caso concreto podem configurar inexistência de conduta diversa, excluindo a culpabilidade do seu autor.

☒ *O furto famélico é crime?*

Entendido como o furto praticado para saciar a fome, o furto famélico tem sido reconhecido pela jurisprudência como exemplo típico de conduta praticada em estado de necessidade, desde que presentes os seguintes requisitos: (A) que o fato seja praticado para mitigar a fome; (B) que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); (C) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; (D) a insuficiência dos recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar.

☒ *É possível estado de necessidade contra estado de necessidade?*

É perfeitamente possível duas pessoas enfrentarem o mesmo perigo. Nesse cenário, não se exige do titular do bem em risco o dever de permitir o sacrifício ao seu direito quando diante da mesma situação de perigo do outro. É o denominado estado de necessidade recíproco, exemplificado pela doutrina com o caso dos dois naufragos que disputam o único salva-vidas. O interesse dos dois parece claramente legítimo, ficando o direito penal, nas circunstâncias, neutro.

148. Ob. cit. p. 175-6.

☑ *O estado de necessidade é comunicável?*

Considerando que o estado de necessidade exclui a ilicitude, se o fato típico for cometido por mais de um agente em coautoria ou participação, todos serão beneficiados pela excludente.

3.1.2. Estado de necessidade e erro na execução

É possível que o agente, no momento em que pratica o fato para salvar de perigo direito próprio ou alheio, acabe atingindo, **por erro na execução**, bem jurídico de terceiro. Neste caso, aplicando-se o disposto no art. 73 do Código Penal, considera-se cometido o fato contra a pessoa ou o objeto pretendido, não contra aquele efetivamente atingido em decorrência do erro. Considerando que, em relação ao que visava, o agente estava acobertado pela justificante, não há crime. Exemplo comum na doutrina é o do agente que, pretendendo efetuar disparos de arma de fogo contra um cão raivoso que o atacava, acaba atingindo uma pessoa que se encontrava nas imediações. Neste caso, caracterizado o estado de necessidade na conduta em relação ao ataque do animal, a morte ou as lesões eventualmente causadas na pessoa erroneamente afetada não caracterizarão infração penal.

Esta situação, é bom notar, **não se confunde** com a do estado de necessidade agressivo. Neste último caso, não há erro; diante da impossibilidade de salvaguardar o direito por outro meio, o agente **dirige sua conduta** contra bem jurídico alheio. No exemplo do ataque animal, é o caso do agente que, para se esquivar, sobe em um veículo estacionado na via pública, danificando a lataria.

3.2. Legítima defesa

Quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, justifica a sua conduta pela legítima defesa, segundo preceitua o artigo 25 do Código Penal.

NUCCI, lembrando JESCHECK, explica os fundamentos da descriminante¹⁴⁹:

“A legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: **a)** no prisma jurídico individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico; **b)** no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando

149. Houve, na doutrina alemã, quem tratasse a legítima defesa como excludente da culpabilidade, consistente na coação moral a que o agredido estaria submetido; a injusta agressão provocaria tal alteração de ânimo que o fato correspondente à reação não seria culpável. Essa doutrina não se sustenta por presumir que todas as formas de legítima defesa ocorrem por meio de reação irascível, destemperada, o que não é verdade. Além disso, sob esse argumento não se permitiria a legítima defesa de terceiro, em que não há a tal desordem anímica.

for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível¹⁵⁰.

3.2.1. Requisitos da legítima defesa

São requisitos da legítima defesa:

(A) Agressão injusta

Entende-se por **agressão** a conduta (ação ou omissão) humana que ataca ou coloca em perigo bens jurídicos de alguém¹⁵¹.

Para LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA, esse ataque pode ser doloso ou culposo¹⁵². Ousamos discordar. A agressão, para caracterizar legítima defesa, deve ser dirigida, com destinatário certo, pois, do contrário, caracteriza perigo atual (sem destinatário determinado), permitindo, conforme as circunstâncias, a descriminante do estado de necessidade. Logo, se diante de um carro desgovernado, o pedestre, para salvar a sua vida, sacrifica bem jurídico de terceiro, agiu em estado de necessidade (e não legítima defesa).

Injusta é a agressão contrária ao direito, não necessariamente típica. O “furto de uso”, por exemplo, atípico por ausência de dolo (vontade de apoderamento definitivo da coisa) pode ser rebatido, com moderação, pelo dono da coisa ameaçada ou atacada injustamente.

Uma vez constatada a injusta agressão, o agredido pode rebatê-la, não se lhe exigindo a fuga do local, ainda que esta seja viável. Pode-se concluir que o “*commodus discessus*” (saída mais cômoda) é obrigação presente apenas no estado de necessidade, em que a inevitabilidade do dano é um dos requisitos objetivos.

Alerta a doutrina que a injustiça da agressão independe da consciência do agressor. Inimputáveis, por exemplo, podem cometer agressões injustas (por eles não compreendidas), autorizando o agredido invocar legítima defesa.

Para CLAU ROXIN, contudo, não se deve conceder a ninguém um direito ilimitado de legítima defesa face à agressão de um inimputável, de modo que a excludente em estudo não se aplica a todas as situações. A agressão praticada por criança de cinco anos contra um adulto, por exemplo, não deve gerar para o maior um direito absoluto de reação, sendo preferível (e esperado), nas circunstâncias, evitar o embate.

150. Ob. cit. p. 242.

151. O ataque de um animal caracteriza, em regra, perigo atual. Quem mata animal para se defender atua em estado de necessidade. Situação diversa se apresenta quando o homem se vale de um animal para atacar alguém, caracterizando, nesse cenário, agressão injusta, permitindo ao agredido atuar em legítima defesa, matando o animal (utilizado como instrumento do crime).

152. Ob. cit. vol. 2, p. 317.

Deve ser lembrado que o provocador da injusta agressão pode atuar em legítima defesa. Suponhamos que JOÃO surpreende sua esposa na cama com ANTONIO. ANTONIO, certamente, aparece na situação como provocador, o que não o impede de agir em legítima defesa se JOÃO armar-se para ceifar a sua vida. FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS, no entanto, bem lembra duas hipóteses em que o provocador não pode invocar a legítima defesa:

“a) Quando a provocação constitui verdadeira agressão. Exemplo: “A” provoca “B” desferindo-lhe socos. “B” para conter a fúria do desafeito, reage com moderação, aplicando-lhe golpes de bastão. Nesse caso, vindo “A” a matar “B”, não poderá arguir a legítima defesa.

b) Quando a provocação constitui pretexto de legítima defesa, isto é, tem o escopo de criar uma situação de legítima defesa para justificar a morte do provocado. Aliás, diga-se de passagem, esse tipo de provocação constitui agressão. Exemplo: “A”, desejando eliminar “B”, faz este surpreendê-lo em flagrante adultério com sua esposa, matando-o quando ele sacava do revólver e estava prestes a atirar. Nesse caso, “A” responde pelo crime”¹⁵³.

A legítima defesa, quanto a existência da injusta agressão, é classificada em: **real**, quando o ataque efetivamente existe (exclui a ilicitude); **putativa**, quando o sujeito atua em face de agressão imaginária (não exclui a ilicitude, como veremos no capítulo das discriminantes putativas).

(B) Atual ou iminente

Agressão atual é a presente, a que está ocorrendo. Iminente é a que está prestes a ocorrer. Não se admite legítima defesa contra agressão passada (vingança) ou futura (mera suposição)¹⁵⁴.

Importante a observação feita por JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“O caráter atual ou iminente da agressão exige que se determine o momento no qual dita agressão começa e termina, para os fins de legítima defesa. Quanto ao momento do começo, uma parte da doutrina exige a realização do delito em grau de tentativa. Entretanto, esta posição exclui determinadas condutas, como alguns atos preparatórios que evidenciam uma tentativa iminente, ou as hipóteses de não serem consideradas como parte de uma autêntica agressão, dificultar-se-ia enormemente as possibilidades de defesa (conforme Roxin). Por este motivo, deve-se incorporar a fase final dos atos preparatórios, mas não os momentos anteriores, nem a tentativa inidônea”¹⁵⁵.

153. Ob. cit. p. 333.

154. A agressão futura, porém **certa**, pode gerar para aquele que se antecipa na repulsa, uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, eliminando a sua culpabilidade. É chamada pela doutrina de legítima defesa preventiva ou antecipada.

155. Ob. cit. p. 402.

Neste ponto, destacamos a hipótese de legítima defesa postergada, em que, sob a ótica do direito, a agressão se finalizou, mas, concretamente, do ponto de vista do ofendido, ainda persiste. É o caso, por exemplo, de alguém que, despojado de seus bens pelo roubador, o ataca logo em seguida, para recuperar os objetos subtraídos. Se a vítima teve de recuperar os bens, conclui-se, de acordo com a corrente dominante, que o roubo já estava consumado, e, portanto, a agressão injusta havia cessado.

Neste caso, a rigor, a ação da vítima contra o autor do roubo não estaria justificada, pois ausente um dos requisitos da legítima defesa, qual seja, a agressão atual ou iminente. E, num cenário ainda mais excêntrico, podemos concluir que o roubador, diante da agressão injusta cometida pela vítima da subtração, teria a situação revertida a seu favor para se beneficiar da legítima defesa.

Esta seria a solução se aplicada a literalidade do art. 25 do Código Penal. Não obstante, trata-se, obviamente, de clara falta de equidade, em que a incidência de tecnicidade acarreta a punição de alguém que evidentemente está agindo para proteger bem jurídico de sua titularidade e que não tem, no fervor do momento, condição de avaliar a exata extensão da conduta criminosa contra si praticada.

A solução mais justa, em casos tais, é estender a percepção do que constitui a agressão atual. Se a agressão cometida pelo agente enseja a reação imediata da vítima, ainda que, na esfera do tempo do crime, tenha havido consumação, é justo que se viabilize a incidência da excludente da ilicitude.

☒ *É possível legítima defesa no crime de rixa?*

Inicialmente, desataca-se, sem dificuldade, que o indivíduo alheio à contenda, caso seja alvo de agressão, e o que intervém para fazê-la cessar podem perfeitamente se defender contra qualquer dos rixosos.

Entre os praticantes do crime, todavia, não há, em regra, possibilidade de legítima defesa porque as agressões cometidas naquele contexto – uns contra os outros – são todas injustas. Logo, aquele que pratica uma agressão injusta não pode se defender de outra agressão injusta. Não obstante, é possível que, em dado contexto, um dos contendores extrapole os limites e passe a atuar de modo que destoe do ânimo conflitivo dos demais, o que altera a perspectiva da injustiça da agressão, que, se antes era generalizada, agora se concentra na conduta que se extrapolou. Assim, se todos se agridem mutuamente de mãos limpas, mas, a certa altura, um dos rixosos se apossa de uma arma de fogo, torna-se possível a legítima defesa contra aquele que a está utilizando.

(C) Uso moderado dos meios necessários

O legislador, com o presente requisito, quer assegurar proporcionalidade entre o ataque e a defesa.

Para repelir a injusta agressão (ataque), deve o agredido usar de forma **moderada o meio necessário** que servirá na sua defesa (contra-ataque).

Entende-se como necessário o meio menos lesivo à disposição do agredido no momento da agressão, porém capaz de repelir o ataque com eficiência.

Encontrado o meio necessário, deve ser ele utilizado de forma moderada, sem excessos, o suficiente para impedir a continuidade da ofensa.

É óbvio que o magistrado deverá julgar esse requisito objetivamente, sem desconSIDERAR as condições de fato, do caso concreto. Sobre o tema, **NÉLSON HUNGRIA**, há muito, já orientava:

“A apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre de caso em caso, segundo um critério de relatividade, ou um cálculo aproximativo; não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente; não se pode exigir uma perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão”¹⁵⁶.

Há na doutrina quem sustente que o ato de repelir a injusta agressão pode ocorrer por omissão. É o que salienta **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“A repulsa à agressão sofrida, como meio de conjurá-la, pode tonalizar-se por omissão. É o caso de duas pessoas que estão em um iate em alto-mar: o agente, fraco e magro, é agredido pelo seu companheiro de viagem, forte e musculoso – começam a lutar e o agressor, que não sabia nadar, cai n’água; o agente não o salva, omitindo-se, e o deixa afogar-se. Igual: o guia de safári que, ouvindo às espreitas daqueles que o contrataram sua iminente sentença de morte, para que lhe fossem subtraídos os pertences, abandona-os à própria sorte em inóspito e para eles desconhecido pantanal e selva africanos”¹⁵⁷.

(D) Proteção do direito próprio ou de outrem

Admite-se legítima defesa no resguardo de qualquer bem jurídico (vida, integridade física, honra, patrimônio, dignidade sexual etc.) próprio (legítima defesa **própria** ou “*in persona*”) ou alheio (legítima defesa **de terceiro** ou “*ex persona*”).

Não se impõe a observância de proporcionalidade entre o bem jurídico injustamente atacado e aquele atingido no exercício da legítima defesa. Não há escala de valor entre os bens em conflito, nem há direito que se deva admitir violado sob o pretexto da maior relevância do direito do agressor. A proporcionalidade que deve ser observada, como vimos na análise do uso moderado dos meios necessários, é a da relação entre a forma como se deu o ataque e a forma como ocorre a defesa. Noutras palavras, nada impede que alguém que tenha seu patrimônio atacado num furto invista contra a integridade física do furtador para fazer cessar a injusta agressão, desde que, aí sim, o faça proporcionalmente (moderadamente).

A legítima defesa de terceiro não depende de sua autorização, desde que, evidentemente, o bem jurídico que se pretende defender seja indisponível, como a vida. Aliás, é possível até mesmo que o agente invista contra alguém prestes a se suicidar e,

156. Ob. cit. vol. 1 t. II, p. 302.

157. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Legítima defesa*. RT, vol. 2. p. 1215/1252. Out/2010.

atingindo-lhe a integridade física, ponha a salvo sua vida. Por outro lado, se o bem jurídico for disponível, como o patrimônio, o agente que atue contra a vontade do titular o fará ilicitamente, embora, nesse caso, o mais provável seja que proceda em legítima defesa putativa. De fato, é difícil vislumbrar a situação em que alguém se pusesse a proteger o patrimônio de outrem contra a vontade expressa do titular; mas é possível (e mais verossímil) que alguém busque defender o patrimônio de terceiro imaginando que o ataque seja injusto, sem o consentimento do titular.

(E) Conhecimento da situação de fato justificante

Deve o agente conhecer as circunstâncias do fato justificante, demonstrando ter ciência de que está agindo diante de um ataque atual ou iminente (requisito subjetivo).

3.2.2. Legítima defesa e erro na execução

O agente, ao repelir a injusta agressão a direito seu ou de outrem, pode, por erro, atingir bem jurídico de um inocente. Nesse caso, parece evidente a situação de *aberratio ictus* e, consoante a regra do artigo 73 do Código Penal, a infeliz reação deve ser considerada como se praticada contra o real agressor, não descaracterizando a legítima defesa. Suponhamos que um atirador de elite, atuando na defesa da vítima sob a mira da arma de um perigoso latrocida, erra a execução e acaba por atingir a pessoa ameaçada (e não o agressor). Apesar de sofrer consequências na esfera civil, na criminal o atirador está acobertado pela descriminante da legítima defesa¹⁵⁸.

☒ *É possível legítima defesa recíproca?*

Pressupondo agressão injusta, não é possível duas pessoas, simultaneamente, agirem, uma contra a outra, na legítima defesa de seu interesse. Possível se mostra, porém, a legítima defesa *sucessiva*, caso em que o agressor se vê obrigado a se defender do excesso (abuso) dos meios defensivos utilizados pelo agredido.

A doutrina, não sem razão, admite legítima defesa de legítima defesa putativa. Por ser injusta, a legítima defesa putativa pode ser contida por quem se vê atacado por alguém que fantasiou situação de fato que não existe. Dentro desse espírito, também não se descarta a possibilidade de ocorrer legítima defesa putativa recíproca.

☒ *Admite-se legítima defesa contra quem age em estado de necessidade?*

A conduta praticada numa situação de necessidade não pode ser rotulada como injusta, mas como perigo atual.

Em resumo, assim podemos definir as principais diferenças entre a legítima defesa e o estado de necessidade:

158. Essa conclusão encontra resistência. Para Aníbal Bruno e Flávio Monteiro de Barros, não havendo reação contra o injusto agressor (mas contra terceiro inocente), o atirador de elite poderia invocar estado de necessidade (e não legítima defesa).

Conflito entre vários bens jurídicos diante da mesma situação de perigo.	Ameaça ou ataque a um bem jurídico
Pressupõe um perigo + atual + sem destinatário certo.	Pressupõe agressão humana + atual ou iminente + injusta + dirigida (com destinatário certo).
Os interesses em conflito são legítimos	Os interesses do agressor são ilegítimos
Conclusão: é possível estado de necessidade recíproco.	Conclusão: não é possível legítima defesa recíproca.

E assim como ocorre com o estado de necessidade, a legítima defesa não é compatível com o estrito cumprimento de um dever legal nem com o exercício regular de um direito, pois, em ambos os casos, se a ação é lícita, não pode ser injusta de forma a admitir que o agente a repila.

3.3. Estrito cumprimento de um dever legal

O agente público, no desempenho de suas atividades, não raras vezes é obrigado, por lei (em sentido amplo)¹⁵⁹, a violar um bem jurídico. Essa intervenção lesiva, dentro de limites aceitáveis, estará justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, não se consubstanciando, portanto, em crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP). De fato, seria de todo desarrazoado que a lei estabelecesse a prática de determinada atividade pelo agente e, ao mesmo tempo, impusesse-lhe pena caso esta atividade se subsumisse a algum fato típico. E no caso dessa descriminante, isso se torna ainda mais evidente porque, ao contrário do que ocorre no exercício regular de direito, aqui a lei obriga o agente a atuar; a punição consistiria em verdadeira teratologia.

Pense-se, a título de exemplo, no policial que emprega violência moderada (mas necessária) para concretizar a prisão em flagrante de perigoso assaltante, ou no Juiz que, na sentença, emite conceito desfavorável quando se reporta ao sentenciado. As condutas dos servidores (policial e juiz), apesar de típicas (lesão corporal e injúria, respectivamente)¹⁶⁰, estão justificadas pelo estrito cumprimento do dever legal (imposto pelos arts. 301 do CPP e 142, III, do CP).

O dever legal que fundamenta a descriminante é aquele decorrente de lei em sentido lato, ou seja, de qualquer diploma normativo emitido pela autoridade competente para deliberar a respeito. Assim, a conduta pode ser justificada pela lei em sentido estrito, pelo decreto ou pelo regulamento.

159. No estrito cumprimento do dever legal, o conteúdo da norma permissiva (deveres atribuídos ao agente) precisa ser complementado por outra norma jurídica, fenômeno que se assemelha à norma penal em branco, já analisada nesta obra.

160. Devemos recordar que, seguindo as premissas da teoria da **tipicidade conglobante**, a conduta do agente público sequer é típica, já que esse seu ato decorre de determinação legal, portanto, ato normativo.

De igual forma, a decisão judicial, que aplica a lei e obriga, evidentemente, ao cumprimento, pode servir de fundamento para se estabelecer a licitude sobre determinado fato típico.

Também não podemos ignorar, como eximente, o ato administrativo, emitido em estrita correspondência com a lei. Imaginemos a situação em que a autoridade de trânsito emita uma portaria regulamentando a remoção de veículos estacionados irregularmente em via pública. Neste caso, embora o agente de trânsito que promova a remoção pratique um fato típico (subtração do veículo), não haverá ilicitude em virtude da determinação do ato emitido pela autoridade.

Alerte-se, contudo, que o ato administrativo deve ser dotado de efeitos gerais, pois, se veicula uma ordem específica, o estrito cumprimento de um dever legal cede espaço à obediência hierárquica, excludente da culpabilidade.

☒ ***O particular pode invocar a discriminante do estrito cumprimento do dever legal?***

A doutrina diverge. MIRABETE entende ser exclusiva dos agentes do Estado (abrangendo o particular somente quando no exercício de função pública)¹⁶¹. A maioria, no entanto, discorda. FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS, por exemplo, lembra que:

“O advogado processado pelo delito de falso testemunho, porque se recusou a depor sobre fatos envolvendo segredo profissional, pode invocar a justificativa do estrito cumprimento do dever legal. Se, porém, o cliente havia autorizado a revelação do segredo, o advogado que, mesmo assim, recusa-se a depor pode invocar a excludente do exercício regular de direito”¹⁶².

Por fim, o agente deve ter conhecimento (aspecto subjetivo) de que está praticando a conduta em face de um dever imposto pela lei.

3.4. Exercício regular de um direito

Previsto no artigo 23, III, 2ª parte, do Código Penal, concretiza a máxima: “onde existe o direito não há crime”.

Esta causa de justificação compreende condutas do cidadão comum autorizadas pela existência de direito definido em lei¹⁶³ e condicionadas à regularidade do exercício desse direito¹⁶⁴.

161. Ob. cit. p. 189.

162. Ob. cit. p. 343.

163. Tal como ocorre no estrito cumprimento do dever legal, também no exercício regular de um direito o conteúdo da norma permissiva (direitos do cidadão) precisa ser complementado por outra norma jurídica, fenômeno que se assemelha à norma penal em branco.

164. Para os adeptos da teoria da **tipicidade cccglobante**, o exercício regular de direito fomentado migra da ilicitude para a tipicidade, como causa de exclusão.

A execução de prisão em flagrante permitida a qualquer um do povo (art. 301 do CPP) é um claro exemplo de exercício regular de direito (*pro magistratu*). O Estado, não podendo estar presente para impedir a ofensa a um bem jurídico ou recompor a ordem pública, incentiva o cidadão a atuar em seu lugar.

A prática de determinados esportes pode gerar lesão corporal e até morte. Porém, não se pode ignorar que o Estado incentiva a prática esportiva (Lei 9.615/98 – Lei Pelé -, art. 3º, abrangendo as modalidades violentas). O atleta, no seu mister, pode invocar a descriminante do exercício regular de direito.

Destacamos, no entanto, que não são justificáveis todas as ofensas corporais cometidas nas práticas desportivas. Há três categorias em que, para efeito deste estudo, as práticas desportivas podem ser divididas no que tange ao cometimento de lesões dolosas e sua (in)admissibilidade: a) lado-a-lado, em que não há disputa física entre os atletas, que desempenham sua função, embora no mesmo espaço, separadamente (corrida); b) uns contra os outros com possibilidade de lesão, em que o objetivo não é atingir a integridade física do adversário, mas, dada a natureza do esporte, é possível que ocorra a lesão (futebol, basquete); c) uns contra os outros com propósito de lesão, em que o objetivo dos atletas é a pugna, que certamente acarretará lesões e, em certos casos, a morte (boxe e outras formas de luta). Na primeira categoria, a investida corporal não é justificada no âmbito penal e pode acarretar punição (ex.: um corredor agride o outro para tirá-lo do caminho). Na segunda, mesmo que a lesão não seja o propósito, é possível que se justifique em determinadas disputas em que de certa forma seja inevitável (ex.: no futebol, uma investida agressiva do defensor para evitar o gol do adversário). Na terceira, a esfera de tolerância é muito maior, justificando-se mesmo as lesões de maior seriedade, pois inseridas no rol de condutas admitidas e sem as quais a modalidade esportiva não ocorreria.

Age no exercício regular de direito o possuidor de boa-fé que retém coisa alheia para ressarcir-se das benfeitorias necessárias e úteis não pagas (art. 1219 do Código Civil), bem como os pais que castigam (moderadamente) os filhos como meio de dirigir-lhes a criação e educação (art. 1634, I, do Código Civil).

São **requisitos** desta justificante: a **proporcionalidade**, a **indispensabilidade** e o **conhecimento** do agente de que atua concretizando seu direito previsto em lei.

3.4.1. A problemática dos “ofendículos”

Ofendículo (também conhecido como *offendicula* ou *offensacula*) representa o aparato preordenado para defesa do patrimônio (exs: cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, corrente elétrica etc.).

Um assaltante, ao tentar invadir uma residência, se fere na lança que protege o imóvel. O proprietário da casa, obviamente, não responde por lesão corporal. Discute-se, no entanto, o fundamento da sua absolvição:

Agiu ele no exercício regular de um direito ou em legítima defesa?

De acordo com a lição da maioria, enquanto o aparato não é acionado, caracteriza exercício regular de um direito¹⁶⁵; ao funcionar repelindo a injusta agressão, configura a excludente da legítima defesa (legítima **defesa preordenada**).

Nesse sentido, explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Crível é que o aparato preordenado, enquanto não funciona, inscreve-se no exercício regular de um direito. Todavia, se o *offendiculum* vem a funcionar, sua atuação não implica o exercício regular de direito, mas sim em legítima defesa”¹⁶⁶.

No primeiro estágio – de disposição da armadilha –, inexistindo agressão injusta, atual ou iminente, obviamente age o sujeito dentro dos limites de seus direitos, dando proteção ao seu patrimônio ou vida. No segundo momento – de deflagração das *offendicula* –, presentes todos os requisitos legais, o ato adquire contornos de legítima defesa.

Há autores, no entanto, que distinguem o **ofendículo** da **defesa mecânica predisposta**. O primeiro representa aparato visível, configurando exercício regular de um direito, mas quando acionado. Já na hipótese da defesa mecânica predisposta, cuidando-se de aparato oculto, o caso será de legítima defesa.

Independentemente da corrente que se adota, importa alertar que o uso do ofendículo, traduzindo um direito do cidadão em defender seu patrimônio, deve ser utilizado com prudência e consciência, evitando excessos (puníveis). Como bem explica (e exemplifica) Noronha:

“Quem eletrifica a porta da sua casa, que dá para a calçada da rua, age com culpa manifesta, senão com dolo, pois qualquer transeunte pode tocar ou encostar nela. Entretanto, quem assim fizer com a porta de uma casa rodeada de jardins e quintais e cercada por altos gradis e muros não age com culpa *stricto sensu*. De observar ainda que na predisposição de meios deve haver também moderação (...). Para se proteger o patrimônio, v.g., com uma corrente elétrica, não é preciso que seja fulminante: uma descarga forte dissuadirá o mais animoso amigo do alheio”¹⁶⁷.

3.5. Consentimento do ofendido

Muito se discute na doutrina a importância do consentimento do ofendido no direito penal.

165. No Direito Civil, os ofendículos são exercício regular de direito para a proteção da posse. Incluem-se, na verdade, no direito de tapagem, disciplinado no art. 1.297, primeira parte, do Código Civil, que dispõe ter o proprietário o direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural. De acordo com Venosa, “são decorrentes da convivência de vizinhança e não exorbitam a finalidade dos tapumes, incluindo-se em seu custo” (*Direito Civil – Volume V – Direitos Reais*, Atlas, 2013, p. 325).

166. Ob. cit. p. 372.

167. Ob. cit. p. 187-8.

Inicialmente, deve ser esclarecido que a sua relevância depende se o dissentimento é ou não elementar do crime: se elementar, o consentimento exclui a tipicidade; não sendo elementar, pode servir como causa extralegal de justificação.

Na violação de domicílio (art. 150 do CP), por exemplo, o crime está estruturado precisamente no dissentimento do proprietário ou do possuidor direto (elemento do tipo) pelo que a sua falta faz desaparecer a própria tipicidade.

Já no furto (art. 155 do CP), não há referência ao não consentimento do proprietário, cuidando-se de circunstância exterior ao tipo legal. O consentimento do ofendido, renunciando a proteção legal, pode justificar a conduta típica.

São **requisitos** para que o consentimento do ofendido atue como causa supralegal de exclusão da ilicitude:

(A) O dissentimento (não consentimento) não pode integrar o tipo penal (elementar do tipo)

Como alertado, se o dissentimento integrar a norma penal, como ocorre no citado artigo 150 do Código Penal, desaparece o próprio fato típico.

(B) O ofendido tem que ser capaz

A capacidade do ofendido é requisito da causa excludente. Sobre ela, adverte PAULO QUEIROZ:

“Como regra, não podem consentir validamente os menores de dezoito anos, nem incapazes de um modo geral (portador de doença mental etc.), motivo pelo qual, se o fizerem, o consentimento será inválido. Mas crimes há, como o estupro (art. 213), em que o consentimento poderá ser dado por pessoa maior de quatorze anos, visto que a presunção de vulnerabilidade cessa com essa idade (art. 217-A)”¹⁶⁸.

(C) O consentimento deve ser válido

A validade do consentimento reside na liberdade e consciência no momento da sua emissão. É dizer: não se admite o consentimento se sua obtenção ocorre mediante fraude, coação, erro etc.

(D) O bem deve ser disponível

Não se admite o consentimento quando ele versa sobre bem jurídico indisponível. Com efeito, sobre estes bens incide o interesse do Estado na sua tutela, de modo que não pode o particular renunciar à sua proteção. É o que ocorre com o direito à vida, *v.g.*, insuscetível de renúncia por parte do seu titular imediato, ainda que em situação de eutanásia, punida pelo nosso ordenamento (embora incida, na espécie, causa de diminuição de pena, vide art. 121, §1º, CP).

(E) O bem deve ser próprio

Não se pode consentir na lesão a bem alheio.

168. Ob. cit., p.348.

(F) O consentimento deve ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico

O consentimento posterior à lesão do bem jurídico não exclui a ilicitude, podendo, entretanto, gerar reflexos no campo da punibilidade.

É o que adverte DAMÁSIO DE JESUS:

“O consentimento deve ser manifestado antes ou durante a prática do fato. Se posterior, não tem força de excluir o crime, podendo valer como renúncia ou perdão nos casos de ação penal privada (CP, arts. 104 e 105)”¹⁶⁹.

(G) O consentimento deve ser expresso

A doutrina tradicional não admite o consentimento tácito ou presumido. O consentimento deve ser claro e expresso, seja ele feito de maneira oral, gestual ou escrita, solenemente ou não.

A doutrina moderna, entretanto, tem admitido o consentimento tácito ou hipotético.

Explicam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“Trata-se de uma hipótese que ocupa atualmente grande parte do debate doutrinário e jurisprudencial na Alemanha. Surge nas intervenções médicas curativas realizadas conforme a *lex artis*, mas nas que não se informou corretamente o paciente das consequências ou efeitos da intervenção. Pode-se afirmar, em princípio, que não houve consentimento válido. Todavia, uma parte da doutrina sustenta a aplicação do consentimento hipotético – encontrado no direito civil – em virtude do qual a atuação facultativa (específica) estaria justificada se o paciente tivesse consentido no tratamento (geral) para o qual foi corretamente informado”¹⁷⁰.

(H) Ciência da situação de fato que autoriza a justificante

Como nas demais descriminantes, exige-se que o agente aja sabendo estar autorizado pela vítima (elemento subjetivo). Assim, não atua amparado pelo consentimento do ofendido o sujeito que dolosamente causa lesão leve em seu amigo e, posteriormente, descobre haver uma carta expressando a autorização daquela mesma lesão, já que ausente o elemento subjetivo.

☒ A integridade física é bem jurídico disponível?

A doutrina moderna vislumbra na integridade física um bem jurídico disponível, exigindo, contudo, duas condições: tratar-se de lesão corporal de natureza leve; que o consentimento não contrarie a moral e os bons costumes.

169. Ob. cit., p. 443.

170. Ob. cit., p. 427.

Esse entendimento doutrinário foi reforçado pela Lei nº 9.099/95, que estabeleceu, nos casos de lesão leve, a ação penal pública condicionada à representação, exigindo a manifestação da vítima para o início da persecução criminal.

☑ ***É possível o consentimento do ofendido nos crimes culposos?***

Nada impede a incidência da causa supralegal justificante nos delitos culposos, pois perfeitamente possível que a vítima aceite a conduta descuidada do agente e seja por esta atingida. Imagine-se a situação do condutor de uma motocicleta que pratica manobras imprudentes, arriscando a integridade física do passageiro, que, não obstante, estava no veículo justamente para que o condutor lhe demonstrasse tais manobras. Neste caso, se houver lesão corporal no passageiro, pode-se invocar o consentimento do ofendido para afastar a ilicitude da conduta.

4. EXCESSO NAS JUSTIFICANTES

O Código Penal, logo depois de anunciar as causas justificantes da conduta típica, alerta: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” (art. 23, parágrafo único).

O legislador, desse modo, demonstra sua preocupação quanto aos limites da ação/reação do agente.

Deve ser reconhecido, no entanto, que a expressão “excesso” pressupõe uma inicial situação de legalidade, seguida de um atuar extrapolando limites. O exagero, decorrendo de dolo (consciência e vontade) ou culpa (negligência), será punível.

Percebemos cada vez mais a doutrina classificando o excesso em **extensivo e intensivo**, sem qualquer amparo legal, gerando, não raras vezes, confusão desnecessária (começando pela divergência do que vem a ser um e outro).

ZAFFARONI e PIERANGELI bem observam:

“‘Excesso’ significa ‘passar dos limites’ de uma dessas causas eximentes, mas, para ‘passar dos limites’, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles.

De conformidade com este conceito de excesso, haverá excesso nas eximentes quando, por exemplo, na legítima defesa, a ação desenvolvida em resposta à agressão se prolongue para depois de cessada essa agressão; quando, no cumprimento de um dever, tenham cessado as circunstâncias que criam esse dever e a ação continua; quando, no estado de necessidade, a ação se prolongue, muito embora a situação de necessidade não mais persista. Contrariamente, não haverá ‘excesso’ quando a defesa não tenha sido necessária ou moderada, ou quando, na necessidade, se dispusesse de outro meio menos lesivo, porque, em nenhum desses casos, o autor teria atuado dentro dos limites da eximente, e, portanto, nunca poderia ter ‘excedido’.

Na doutrina tem-se distinguido entre um ‘excesso extensivo’ e um ‘excesso intensivo’, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando

cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado 'intensivo', seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de 'excesso intensivo' não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode 'exceder'. Em definitivo, esta confusa classificação do 'excesso' amplia indevidamente o conceito e leva à introdução, pela via do suposto 'excesso intensivo' (que é uma *contradictio in adjecto*), um sistema de atenuantes que a lei não admite, e ao qual nos referimos: o das chamadas 'eximentes incompletas'¹⁷¹.

A doutrina em geral classifica o excesso em doloso, culposo, acidental ou exculpante.

O excesso doloso ocorre quando o agente se propõe a ultrapassar os limites da causa justificante. Suponhamos que o sujeito seja atacado por um seu desafeto desarmado e inicie atuação legítima para repelir a injusta agressão. Enquanto se defende, diante da oportunidade criada pelas circunstâncias, decide matar seu inimigo e se apodera de um revólver, alvejando mortalmente aquele indivíduo. Não obstante a ação inicial estivesse acobertada, houve excesso proposital, que ensejará a imputação do resultado na forma de dolo.

Já o excesso culposo decorre da inobservância do dever de cuidado do agente enquanto atua respaldado por alguma das causas excludentes da ilicitude. Imaginemos que um indivíduo seja atacado por alguém desarmado e, lícitamente, ponha-se a repelir a agressão injusta. Exibindo o agressor compleição física avantajada, o agredido se apossa de um pedaço de madeira para rechazar os socos que receberia. Por falta de cuidado, no entanto, acaba atingindo a cabeça do agressor, que falece em virtude dos ferimentos. Neste caso, o agredido seria responsabilizado por homicídio culposo.

O excesso acidental, por sua vez, é irrelevante penalmente porque decorre de caso fortuito ou força maior. Invocando exemplo semelhante aos anteriores, ocorreria excesso acidental se o agredido repelisse o agressor com um soco e este último sofresse, em razão da alteração de ânimo, um colapso cardíaco mortal. Neste caso, tratando-se de um caso fortuito, o agredido não responderia por excesso.

Há também menção ao excesso exculpante, relacionado a profunda revolta de ânimo que acomete o agente. Neste caso, inicialmente, a conduta estava respaldada pela justificante, mas a situação em que se encontra o sujeito faz surgir nele um estado de pânico que lhe retira a capacidade de atuar racionalmente. Alguém que, por exemplo, diante de um agressor armado, investe contra ele a ponto de causar sua inconsciência, mas, temeroso quanto à possibilidade de ser alvejado, continua a agredi-lo, comete fato típico e ilícito. Não obstante, pode ter a culpabilidade afastada por inexistência de conduta diversa.

Note-se que embora os exemplos aqui citados se refiram à legítima defesa, o excesso pode ser relativo, em tese, a qualquer das causas eximentes. Não é menos verdade,

171. Ob. cit. p. 566.

contudo, que a legítima defesa é o seu palco mais recorrente, pois as situações que a envolvem normalmente tornam propícias reações desproporcionais em virtude da alteração anímica característica em casos tais.

5. DESCRIMINANTE PUTATIVA

Quando se fala em discriminante putativa remete-se o estudante para o intrincado estudo das **causas excludentes da ilicitude** (*estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito*) **fantasiadas** pelo agente. Equivocado, supõe, nas circunstâncias, existir ou agir nos limites de uma discriminante ou, ainda, também iludido, supõe presente os pressupostos fáticos da justificante.

Estamos diante de um erro. Sabemos, no entanto, que o ordenamento penal conhece duas espécies de erro: de tipo (art. 20) e de proibição (art. 21).

☒ *As discriminantes putativas retratam qual espécie de erro?*

A resposta pressupõe que o intérprete perceba que existem duas formas de fantasiar uma discriminante:

(A) Na **primeira**, o agente supõe agir sob o manto de uma justificante em razão de **erro quanto à sua existência ou seus limites**. Apesar de conhecer a situação de fato, ignora a ilicitude do comportamento.

Exemplo: suponhamos que JOÃO, ao ser agredido com um soco no rosto, acredita estar autorizado a revidar com um tiro. JOÃO conhece, perfeitamente, a situação fática (foi agredido com um soco), mas ignora a ilicitude da sua reação (desconhece os limites que devem estar presentes para configurar a legítima defesa).

Este erro deve ser equiparado ao erro de proibição (erro de proibição indireto ou erro de permissão), sofrendo os consectários previstos no art. 21 do CP (se inevitável o erro, exclui a culpabilidade; se evitável, diminui a pena).

(B) Na **segunda** (prevista no art. 20, § 1º, do CP)¹⁷², o agente **engana-se quanto aos pressupostos fáticos do evento**. Supõe estar diante de uma situação de fato que, na realidade, não existe.

Exemplo: JOÃO, durante a madrugada, se depara num beco com seu desafeto colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Depois de atirar para matar, percebe que seu desafeto tirava do bolso um celular. JOÃO fantasiou situação de fato (iminência de injusta agressão) que jamais existiu.

172. “Art. 20, § 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”.

O equívoco do agente, nesse caso, deve ser tratado como erro de tipo (erro de tipo permissivo) ou erro de proibição (erro de permissão)?

De acordo com a **teoria extremada (ou estrita) da culpabilidade**, o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação deve ser tratado como erro de proibição (indireto ou erro de permissão). Justificam que o art. 20, § 1º, do CP, em se tratando de erro inevitável, não exclui dolo ou culpa (como exige o erro e tipo), mas isenta o agente de pena (como manda o erro de proibição). Elimina, nessa hipótese (erro escusável), a culpabilidade do sujeito que sabe exatamente o que faz (no nosso exemplo, “matar alguém”).

Já para a **teoria limitada da culpabilidade**, a discriminante putativa sobre pressupostos da situação fática tem a mesma natureza do erro de tipo (art. 20 do CP). Se inevitável, além do dolo, exclui a culpa (isentando o agente de pena); se evitável, exclui o dolo, mas não isenta o agente de pena, subsistindo o crime culposo quando previsto em lei (culpa imprópria).

Por fim, temos a **teoria extremada “sui generis”**, enxergando na redação do art. 20, § 1º, uma figura híbrida, nascida da fusão das duas teorias anteriores. Quando inevitável o erro, segue a teoria extremada, isentando o agente de pena (não excluindo dolo ou culpa, como manda a limitada); quando evitável, obedece a teoria limitada, punindo a fato a título de culpa (não atenuando a pena, como quer a extremada).

Prevalece a segunda teoria e dois argumentos são usados para justificá-la: a Exposição de Motivos do Código Penal dispõe expressamente ter sido adotada, na reforma de 1984, a teoria limitada da culpabilidade; topograficamente, essa espécie de discriminante putativa se encontra (como §1º) no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20, CP) e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21), indicando, desse modo, a opção do legislador no tratamento da matéria.

Capítulo IV

CULPABILIDADE

Sumário • 1. Conceito; 2. Teorias da culpabilidade; 2.1. Teoria psicológica da culpabilidade; 2.2. Teoria psicológica normativa; 2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade (ou extremada da culpabilidade); 2.4. Teoria limitada da culpabilidade; 2.5. Teoria da coculpabilidade; 3. A culpabilidade do autor x culpabilidade do fato; 4. Culpabilidade formal e material; 5. Elementos da culpabilidade; 5.1 Imputabilidade; 5.1.1. Causas de inimputabilidade; 5.1.2. A imputabilidade do índio não integrado; 5.1.3 A emoção e paixão; 5.2 Potencial consciência da ilicitude; 5.2.1. Erro de proibição; 5.2.1.1. Espécies de erro de proibição; 5.2.1.2. Erro de proibição e erro de tipo; 5.3 Exigibilidade de conduta; 5.3.1. Coação irresistível; 5.3.1.1. Requisitos da coação irresistível; 5.3.2. Obediência hierárquica; 5.3.2.1. Requisitos da obediência hierárquica; 5.3.1 Dirimentes supralegais; 5.4 Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade

1. CONCEITO

Conceitua-se a culpabilidade como o **juízo de reprovação** que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à **necessidade** de aplicação da sanção penal.

São duas, basicamente, as teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre-arbítrio e o determinismo.

O livre-arbítrio é proveniente da Escola Clássica e se estabelece no fato de que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho e, por isso, deve ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida.

O determinismo, por outro lado, originado da Escola Positiva, sustenta que ao homem não é possível atuar soberanamente em suas escolhas em virtude de fatores inúmeros, internos e externos, capazes de influenciá-lo a cometer determinado fato ilícito.

A nosso ver, não há, entre tais conceitos, incompatibilidade, senão complementaridade. É fato que, no geral, vigora o livre-arbítrio, identificando-se nos indivíduos a capacidade de avaliar a correção de sua conduta e, portanto, de agir conforme o direito. Não se pode ignorar, todavia, a existência de fatores sociais que podem tornar certos indivíduos menos aptos a escolher livremente e passíveis de se submeter a influências externas que acabam inspirando sua linha de conduta. É evidente que uma pessoa bem formada, educada em ambiente que prestigie valores morais e éticos, que lhe foram inculcados ao longo da vida, tem menos chances de praticar um ato criminoso do que outra formada numa família de delinquentes, sem referências próximas de honestidade e decoro. Embora, mesmo no segundo caso, não se afaste por completo a capacidade de escolha (afinal, a maior parte das pessoas submetidas a condições sociais desfavoráveis – às vezes nefastas – optam pela conduta honesta), não se pode deixar de considerar a influência negativa daí advinda para a formação do caráter do indivíduo.

A posição da culpabilidade na estrutura do crime (conceito analítico) configura questão prejudicial no limiar da teoria do delito, gerando indisfarçável controvérsia na doutrina (é ou não o terceiro requisito/substrato do crime?).

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos *fato típico* e *ilicitude*, mas só será ligado ao agente se este for *culpável*. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Seus adeptos defendem que a reforma do Código Penal de 1984 seguiu essa corrente, bastando observar que o legislador usa a expressão “isento de pena” quando se refere às causas excludentes da culpabilidade, enquanto que, ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude, recorre à expressão “não há crime”. Isso confirmaria a tese de que a culpabilidade é dispensável para o reconhecimento do delito.

Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e a culpabilidade são não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura! **CLAUDIO BRANDÃO** bem esclarece:

“O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre um fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Não é correta, ademais, a asserção de que a teoria bipartite foi adotada pelo Código Penal porque a lei usa as expressões “isento de pena” quando se refere às causas excludentes da culpabilidade e “não há crime” ao se referir às causas de exclusão de tipicidade ou ilicitude. Há situações em que o Código utiliza “isenção de pena” para definir situação oposta à que aparenta. Temos, por exemplo, o art. 20, § 1º, que, tratando da discriminante putativa, dispõe ser “isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”. Trata-se de discriminante putativa sobre pressupostos da situação fática, que, segundo a teoria limitada da culpabilidade, tem a mesma natureza do erro de tipo, causa de atipicidade. Outro exemplo: o art. 20, § 3º, que trata do *error in persona*, dispõe que “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”. Nenhuma relação com a culpabilidade, pois se trata de erro de tipo accidental.

A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito¹⁷³.

Vamos trabalhar com a teoria tripartite, que nos parece mais acertada¹⁷⁴.

2. TEORIAS DA CULPABILIDADE

A análise da culpabilidade depende da compreensão da sua evolução histórica, permitindo, desse modo, entender os elementos que a compõem.

2.1. Teoria psicológica da culpabilidade

A teoria psicológica, idealizada por FRANZ von LISZT e ERNST von BELING, predominou no século XIX, tendo por fundamento as premissas causalistas.

A teoria psicológica é aplicável somente no âmbito do causalismo e sustenta, em resumo, que a culpabilidade consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado, na forma de dolo ou culpa. Percebe-se, com facilidade, que a culpabilidade confunde-se com o dolo e a culpa, sendo seu único pressuposto a imputabilidade.

O dolo, nessa teoria, é normativo, pois contém a consciência da ilicitude. A imputabilidade, na qualidade de pressuposto da culpabilidade, e não seu elemento, precede em análise o dolo e a culpa.

Os principais apontamentos contrários que podem ser feitos à teoria psicológica são relativos à inexigibilidade de conduta diversa e à culpa inconsciente. Quanto à primeira, o dolo está presente, mas o resultado não é imputado ao agente porque não podia, naquela situação, agir de outro modo. No que concerne à segunda, não existe previsão do resultado, faltando, portanto, o vínculo psicológico entre o autor e o fato.

2.2. Teoria psicológica normativa

Defendida por REINHART FRANK em 1907, a teoria psicológica-normativa continua trabalhando com o dolo e a culpa na culpabilidade, os quais deixam de ser suas espécies para transformarem-se nos seus elementos, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa.

A culpabilidade deixou de ser puro vínculo psíquico entre o agente e o fato. Aliás, foi a partir desta teoria que se reconheceu, definitivamente, a importância da consciência atual da ilicitude, integrante do dolo (dolo normativo).

173. BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.131-2.

174. Cleber Masson observa, com razão, “que somente para a teoria finalista da conduta o conceito analítico de crime pode ser tripartido ou bipartido. Para os seguidores do sistema clássico ou causal, o crime deve ser analisado, obrigatoriamente, em um conceito tripartido, sob pena de configuração de responsabilidade penal objetiva (ob. cit. p. 438).

Em razão de estabelecer o dolo e a culpa na culpabilidade, a teoria psicológica normativa tem aplicação reservada ao campo do causalismo, mas, como modificou drasticamente a estrutura da culpabilidade, substituindo o sistema clássico da teoria psicológica, diz-se ter dado início ao sistema neoclássico.

2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade (ou extremada da culpabilidade)

Inspirada no finalismo de HANS WELZEL, esta teoria é responsável pela migração do dolo e da culpa para o fato típico. Alerta-se, porém, que o dolo que migra para o primeiro substrato do crime está despido da consciência da ilicitude, e, por isso, passa a ser natural.

A culpabilidade, portanto, ficou com os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência da ilicitude (retirada do dolo, integrando a própria culpabilidade, não mais como atual, mas potencial consciência).

CLAUDIO BRANDÃO bem sintetiza o espírito dessa teoria:

“Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertence à ação, separado, portanto, da culpabilidade. (...) A culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nela nenhum conceito de ordem psicológica. Os elementos constitutivos da culpabilidade, segundo a teoria finalista, são: a exigibilidade de uma conduta conforme a lei; a imputabilidade do autor; e a possibilidade de reconhecer o caráter ilícito do fato”¹⁷⁵.

2.4. Teoria limitada da culpabilidade

Partindo das mesmas premissas da teoria normativa pura (dolo na ação típica final e consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade), a teoria limitada dela diverge apenas no tocante à natureza jurídica das descriminantes putativas sobre a situação fática. Para a limitada, cuida-se de mais uma hipótese de erro sobre elementos do tipo; já para a extremada, equipara-se a erro de proibição.

Como já estudamos, nosso Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade.

Em resumo:

Teorias da Culpabilidade			
Teoria Psicológica da Culpabilidade	Teoria Psicológica Normativa	Teoria Extremada da Culpabilidade	Teoria Limitada da Culpabilidade
Base causalista	Base neokantista	Base finalista	Base finalista

175. Ob. cit., p.143.

Teorias da Culpabilidade			
Teoria Psicológica da Culpabilidade	Teoria Psicológica Normativa	Teoria Extremada da Culpabilidade	Teoria Limitada da Culpabilidade
Pressuposto: Imputabilidade Espécies: • dolo; e • culpa	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Culpa • Dolo normativo (composto de: consciência, vontade e consciência atual da ilicitude).	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência (potencial) da ilicitude Obs1: dolo e culpa migram para o fato típico Obs2: o dolo passou a ser natural, composto de: consciência e vontade). Obs3: o elemento normativo do dolo deixa de ser elemento do dolo passando a ser elemento da própria culpabilidade, porém não mais atual, mas sim potencial.	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência potencial da ilicitude Obs: a teoria limitada diferencia-se da extremada em razão do entendimento acerca da natureza jurídica do art. 20, 1º do CP. T. Extremada – erro de proibição. T. Limitada – erro de tipo.

2.5. Teoria da coculpabilidade

Já tivemos oportunidade de ressaltar a predominância do livre arbítrio dos indivíduos para que adotem comportamentos concordes ou contrários ao direito. Bem assim, destacamos que mesmo estabelecida esta premissa, fatores sociais negativos muitas vezes influenciam a formação do caráter, com reflexos nas escolhas individuais.

Neste passo, surge a teoria da coculpabilidade, que imputa ao Estado parcela da responsabilidade social pelos atos criminosos dos agentes em razão das desigualdades sociais. Não há exclusão da culpabilidade, mas essas circunstâncias externas devem ser consideradas na dosimetria da pena. O nosso Código Penal possibilita a adoção dessa teoria ao prever, em seu artigo 66, uma atenuante inominada: *“A pena poderá ser ainda ATENUADA em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”* (grifamos).

No mesmo contexto, há também a **coculpabilidade às avessas**, elaborada com propósito crítico à seletividade do sistema penal, merecendo dois ângulos de análise:

(A) o primeiro se traduz no abrandamento à sanção de delitos praticados por pessoa com alto poder econômico e social, como no caso dos crimes de colarinho branco (crimes contra a ordem econômica e tributária). Exemplo prático disto no Brasil é a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos crimes contra a ordem tributária;

(B) o segundo se revela na tipificação de condutas que só podem ser praticadas por pessoas marginalizadas. Exemplos disto são os artigos 59 (vadiagem) e 60 (mendicância – revogado pela lei 11.983/2009), da Lei de Contravenções Penais.

Há de ser destacado, contudo, que, ao contrário da coculpabilidade, que pode se assentar no art. 66 do Código Penal, a coculpabilidade às avessas não encontra respaldo legal, razão pela qual, como agravante, não pode ser aplicada, vedada, como se sabe, a analogia *in malam partem*. No máximo, poderá o juiz considerar este aspecto no momento em que analisar as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), especialmente quanto à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.

3. A CULPABILIDADE DO AUTOR X CULPABILIDADE DO FATO

Como vimos, a culpabilidade é juízo de reprovação que recai sobre o agente. Percebe-se, também, que os elementos da culpabilidade estão umbilicalmente atrelados à pessoa do autor (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa). Tudo indica, portanto, que a culpabilidade é do autor. Não é o que prevalece, como bem explicam LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA:

“Quem é reprovado (censurado) é o agente, mas não qualquer agente, senão o agente do fato (ou seja: o agente de um fato formal e materialmente típico, antijurídico e punível). Com isso, fica claro o seguinte: o agente é o objeto da censura (da reprovação), mas só pode ser censurado pelo que fez, não pelo que ‘é’. De outro lado, só pode ser reprovado se podia se motivar de acordo com a norma e, ademais, se podia agir de modo diverso, consoante o Direito.

Para o reconhecimento do delito ou para o juízo de censura (de reprovação), em suma, valem as circunstâncias do fato; o Direito penal do fato assim como a culpabilidade do fato não permitem que a periculosidade pessoal do agente venha a definir a existência do crime ou a sua culpabilidade. De qualquer modo, é certo que as condições pessoais do agente (assim como a sua periculosidade) são relevantes para a graduação da pena, nos termos do art. 59 do CP. É aqui que elas ganham relevância e pertinência jurídica”¹⁷⁶.

Com compreensão intermediária, ROGÉRIO GRECO ensina que, apesar da adoção de um moderado direito penal do fato, é possível distinguir-se culpabilidade de ato e culpabilidade de autor:

“A culpabilidade do ato seria a reprovação do homem por aquilo que ele fez, considerando-se a sua capacidade de autodeterminação; já na culpabilidade do autor, o que se reprova é o homem como ele é, e não aquilo que fez”. Conclui o autor, com amparo em Hans-Heinrich Jescheck, que o mais adequado é a **união de ambas as concepções**: “O núcleo do conceito de culpabilidade somente pode ser a culpabilidade pelo fato individual, mas o Direito Penal deve ter em conta também muitas vezes a culpabilidade do autor”^{177 178}.

176. Ob. cit., vol. 2, p. 412.

177. Ob. cit., p. 383.

178. Em sentido contrário, afirmam Zaffaroni e Pierangeli: “não vemos como é possível fazer esta combinação, porque ou a ação é a ele reprovada na circunstância concreta em que atuou, ou o sujeito é por ela reprovado como resultado de sua conduta de vida; mas qualquer pretensão de combinar

4. CULPABILIDADE FORMAL E MATERIAL

A culpabilidade **formal** é aquela definida em abstrato, que serve ao legislador na edição da lei para cominar os limites máximos e mínimos de pena atribuída a determinada infração penal.

A culpabilidade **material** é estabelecida no caso concreto, dirigida a um agente culpável que cometeu um fato típico e ilícito, para a fixação da pena pelo juiz. Este viés da culpabilidade está positivado no artigo 59, *caput*¹⁷⁹, do Código Penal, que permite considerar “graus de culpabilidade” do agente, análise que influenciará na pena concretamente aplicada.

5. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Como vimos, são elementos da culpabilidade: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa. Estudaremos um a um, analisando também as respectivas **dirimentes** (ou causas excludentes).

5.1. Imputabilidade

Imputabilidade é **capacidade de imputação**, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual “entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável”.¹⁸⁰

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade: **intelectivo**, consistente na higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato; e **volitivo**, em que o agente domina sua vontade, ou seja, exerce controle sobre a disposição surgida com o entendimento do caráter ilícito do fato, e se determina de acordo com este entendimento.

Assim como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade (capacidade) ou inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitiva praticada.

Note, entretanto, que nem sempre a capacidade civil caminha lado a lado com a imputabilidade, a exemplo do que acontece com o menor de 18 anos, mas casado (embora capaz no campo civil, não será responsabilizado penalmente, pois inimputável).

ambas as reprovações não pode conduzir a outro resultado senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade de autor, chamada em nossos dias ‘culpabilidade pela conduta de vida’” (Ob. cit., p. 524)

179. CP. *Fixação da pena*. Art. 59. O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (grifamos):

180. Bitencourt, ob. cit., p. 434.

Sem definir o que seja imputabilidade, enumera o nosso Código as hipóteses de inimputabilidade (distúrbios mentais, menoridade e embriaguez). Para tanto, define alguns critérios:

(A) Critério biológico

Este critério leva em conta apenas o desenvolvimento mental do agente (doença mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação.

Conclusão: basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

(B) Critério psicológico

O critério psicológico considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade.

Conclusão: não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

(C) Critério biopsicológico

Sob a perspectiva biopsicológica, considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conclusão: não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

PAULO QUEIROZ, criticando este critério, é enfático:

“É de convir ainda quanto à impropriedade da expressão “método biopsicológico”, porquanto em realidade nem o estado é biológico – se nalguns casos o fato está biologicamente fundamentado – nem a capacidade é psicológica – mas uma construção normativa, de sorte que se trata, mais exatamente, de um metido psíquico-normativo ou psicológico-normativo: o psicológico se refere aos estados psíquicos capazes de comprometerem a capacidade de compreensão, enquanto o normativo diz respeito à capacidade, que não é um estado psíquico, mas uma atribuição. Além disso, muitos transtornos de consciência (*v.g.*, estado passional intenso, oligofrenia normal-psicológica, anomalia psíquica grave, que compreende todas as psicopatias graves, as neuroses e as anomalias dos instintos) não se devem a manifestações de deficiências corporais orgânicas (biológicas); tampouco a constatação da capacidade de atuar de outro modo é um dado psicológico, mas essencialmente normativo”¹⁸¹.

Qual dos critérios norteou o nosso sistema?

Depende da causa de inimputabilidade, assunto que estudaremos a seguir.

181. Ob. cit., p. 293.

5.1.1. Causas de inimputabilidade

(A) Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

Prevista no artigo 26, *caput*, do Código Penal, a inimputabilidade por anomalia psíquica significa a incapacidade de imputação daquele que,

“por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Adotou-se, nesse tanto, o critério biopsicológico. Portanto, pode o doente mental ser considerado imputável – desde que a sua anomalia psíquica não se manifeste de maneira a comprometer sua autodeterminação ou capacidade intelectual. Nesta esteira, há casos em que o agente é acometido de doença mental mas exhibe intervalos de lucidez, ocasiões em que entende o caráter ilícito do fato e pode determinar-se de acordo com este entendimento. Em situações dessa natureza, seguindo a regra, a doença mental não é suficiente para afastar a imputabilidade, razão por que o agente mentalmente enfermo, se pratica um fato típico e ilícito em período, ainda que diminuto, de consciência deverá ser punido na qualidade de imputável.

A doença mental deve ser tomada em sua maior amplitude e abrangência, sendo compreendida como qualquer enfermidade que venha a debilitar as funções psíquicas do agente. Nesse sentido assevera PAULO QUEIROZ:

*“A expressão *doença mental* deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, psicose alcoólica, paranoia, epilepsia, demência senil, paralisia progressiva, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, histeria etc., pouco importando a causa geradora de semelhante estado, se natural ou tóxica (*u.g.*, uso de droga lícita ou ilícita), por exemplo”¹⁸².*

☒ *O sonambulo é considerado portador de doença mental?*

Não, figurando o sonambulismo como causa de exclusão da própria conduta.

☒ *E o surdo-mudo?*

A doutrina alerta que a carência de certos sentidos pode caracterizar deficiência psíquica. Com relação ao surdo-mudo, é a perícia que deve fixar o grau de seu retardamento sensorial que, aliado à maior ou menor capacidade de entendimento e autodeterminação do agente no momento da conduta, podem equiparar-se aos oligofrênicos (art. 26, *caput*, do CP).

182. Ob. cit., p. 366-367.

O inimputável será denunciado e processado, porém, ao final, deve ser absolvido (e não condenado). Esta absolvição, entretanto, deve ser cumulada com a sanção penal da medida de segurança, decisão classificada como **absolvição imprópria**.

Note que o artigo 26, parágrafo único, não anuncia hipótese de inimputabilidade, mas de imputabilidade com responsabilidade penal diminuída (**semi-imputabilidade**). Trata-se do agente que *“em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”*.

A consequência jurídica, no caso, é a condenação do semi-imputável, porém com redução de pena, de um a dois terços ou substituição da pena por medida de segurança (art. 98 do CP). O juiz, depois de condenar, deve analisar o que é mais adequado à finalidade da sanção penal: se a pena (reduzida) ou se a medida de segurança. É o chamado **sistema vicariante** ou **unitário**, adotado após a Reforma Penal de 1984. Cuida-se de fórmula unicista, não podendo ser aplicadas as duas sanções penais ao condenado, sucessivamente (rechaçou-se o sistema do duplo binário ou de dois trilhos).

(B) Inimputabilidade em razão da idade

Nos termos do artigo 27 do Código Penal, *“os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”*. O Código Penal, cuja parte geral foi reformada em 1984, fixou este patamar etário, sendo seguido pelo constituinte, no artigo 228 da CF/88¹⁸³⁻¹⁸⁴.

183. CF/88. Art. 228. *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*. Para muitos, a menoridade constitucionalmente prevista retrata garantia constitucional dos jovens, não podendo ser diminuída, sequer por meio de emenda constitucional (cláusula pétrea). Tramita no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional, já aprovada na Câmara dos Deputados, para alteração do art. 228 da CF/88. De acordo com o texto aprovado, o art. 228 dispõe, **como regra**, sobre a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial (Lei 8.069/90). **Excepcionalmente**, os menores com dezesseis anos completos podem ser responsabilizados penalmente, caso sejam autores dos chamados crimes graves, como os hediondos e equiparados (salvo o tráfico de drogas), de homicídio doloso, de lesão corporal grave, de lesão corporal seguida de morte ou de roubo majorado. O tema é objeto de extenso debate, não somente sobre a viabilidade da medida em termos práticos, mas também relativamente à constitucionalidade da proposta: a) há quem sustente que a norma constitucional sobre a imputabilidade seja cláusula pétrea. Assim se manifestam com base no entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não se restringem ao rol do art. 5º da CF/88, mas podem ser encontrados em outros dispositivos cujo conteúdo seja materialmente relacionado ao núcleo da Constituição. Por isso, voltado à proteção integral da pessoa do adolescente, o art. 228 não poderia ser objeto de proposta de emenda tendente a abolir suas disposições; b) há ainda aqueles que argumentam não se tratar de cláusula pétrea, pois a inimputabilidade não está no elenco de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88; c) finalmente, há quem considere não haver óbice à emenda mesmo que se conclua se tratar de cláusula pétrea, que não é imodificável, mas refratária tão somente à abolição ou ao completo desvirtuamento de seu núcleo, o que não ocorre com a proposta de emenda em discussão, que somente modifica o art. 228 para possibilitar a devida resposta estatal à prática de crimes por indivíduos que demonstrem pleno discernimento. Aliás, nesse aspecto encontramos certa inconsistência na proposta que, tudo indica, será aprovada. Efetivamente, a emenda permite que o agente com dezesseis anos completos seja responsabilizado pelo cometimento de

Adotou-se, como se percebe, o **critério biológico**, levando-se em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado (idade), independente de, se ao tempo da ação ou omissão, tinha ele a capacidade de entendimento e autodeterminação.

Há, em verdade, uma **presunção absoluta** de que o menor de dezoito anos possui desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual deve ser submetido à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (vide art. 104 da Lei nº 8.069/90¹⁸⁵). Esta presunção, contudo, está fundada em orientações de **política criminal** – e não postulados científicos.

Explica Víctor **GABRIEL RODRÍGUEZ**:

“A principal razão da presunção de inimputabilidade é a política criminal, como reconhecida pela doutrina desde Tobias Barreto. Atualmente, o ponto 23 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do instituto faz referência clara à oportunidade de educação que deve ser dada ao jovem, ao convívio social ‘sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária. Em outras palavras (...), é de dizer-se que a legislação penal decidiu consagrar ao jovem a oportunidade de estar afastado das garras do Direito penal, ou ao menos daquele Direito penal idêntico ao aplicado ao adulto, embora ele possa ser de fato responsável por seus atos, embora em última análise seu desenvolvimento mental não seja de fato incompleto’¹⁸⁶.

No âmbito dos tratados internacionais, destacam-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, que não estabelece a idade limite para a inimputabilidade penal, respeitando a autonomia de cada Estado¹⁸⁷, e o Estatuto de Roma, responsável pela criação do

apenas algumas figuras criminosas. Trata-se, claramente, de solução política em que se busca o meio-termo em razão da resistência sofrida pela proposta no âmbito do próprio Legislativo. Há, no entanto, um aspecto técnico relativo à imputabilidade, cujo fundamento é a capacidade de discernimento, que não pode ser ignorado: como se sustenta que alguém tenha discernimento para cometer um cruel homicídio e não o tenha para furtar uma bicicleta? Ou o agente tem a capacidade biológica de se determinar de acordo com a lei (para qualquer crime) ou não a tem (para nenhum crime). A consciência, portanto, não pode ser variável de acordo com a figura criminosa.

184. O Código Penal Militar, no art. 50, estabelece que o menor de dezoito anos é inimputável, mas, se, aos dezesseis anos, revelar suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, será penalmente responsável, diminuindo-se a pena de um terço até a metade. Com a CF/88, anunciando a maioria aos dezoito anos, esta regra de direito penal militar **não foi recepcionada**.

185. ECA. Art. 104. *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.*

186. *Fundamentos e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 282.

187. CADH. Art. 5.5. *Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.*

Tribunal Penal Internacional, que prevê a impossibilidade de julgamento de menor de 18 (dezoito) perante o TPI¹⁸⁸.

A maioridade penal é alcançada no primeiro minuto do dia do aniversário de 18 (dezoito) anos do agente, sendo irrelevantes alterações transitórias e ficcionistas (horário de verão, por exemplo). Como já alertado, eventual antecipação civil da capacidade do agente não gera repercussões penais, uma vez que a preocupação do Código Penal é com a idade cronológica.

A imputabilidade em razão da idade há de ser aquilutada no momento da conduta (teoria da atividade, art. 4º, CP; art. 104, parágrafo único, do ECA), e não no da produção do resultado. Em se tratando de delito permanente, a sua imputabilidade deverá ser aferida no momento em que cessa a prática delituosa (e não no momento do seu início). Desse modo o jovem de 17 (dezessete) anos que mantém alguém em cativeiro até completar sua maioridade penal será punido com os rigores do Código Penal.

A menoridade deverá ser comprovada por meio de documento hábil, nos termos da súmula nº 74 do STJ¹⁸⁹. Uma vez constatada, por meio de certidões, a inimputabilidade do agente à época do fato criminoso, deve ser anulado o processo *ab initio*, sujeitando-o à legislação especial.

(C) Inimputabilidade em razão da embriaguez

Embriaguez é a intoxicação transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Esclarece FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO:

“Considera-se embriaguez a afecção da pessoa pela ingestão de bebida de teor alcóolico. A ela se equipara, por cláusula análoga explicitamente posta no art. 28, II, do estatuto penal, o estado que afete o ser humano pela utilização de qualquer substância de efeitos semelhantes ao álcool (*verbi gratia*: éter, clorofórmio, antidiestônicos, barbitúricos e drogas como tóxicos e alucinógenos). Consiste a embriaguez, em suma, no estado de intoxicação aguda e transitória do organismo, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, comprometendo suas funções fisiológicas, físicas e intelectuais.

Por aí se verifica, destarte, que a embriaguez repercute no psiquismo da pessoa por ela acometida, podendo afetar a sua capacidade intelectual ou volitiva, de sorte que ao Direito Penal impendia posicionar-se diante dessa realidade, em sede de imputabilidade ou inimputabilidade penal¹⁹⁰.

188. Estatuto de Roma. Artigo 26. *Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos. O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.*

189. STJ. Súmula nº 74. *Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*

190. Ob. cit., p. 556-557.

A embriaguez é classificada em espécies e graus:

(i) Embriaguez **não acidental** (voluntária ou culposa)

Temos embriaguez voluntária quando o agente ingere a substância alcoólica com a intenção de embriagar-se; surge a embriaguez culposa quando o agente, por negligência ou imprudência, acaba por embriagar-se. Pode ser completa (retirando do agente, no momento da conduta, a capacidade de entendimento e autodeterminação) ou incompleta (diminuindo a capacidade de entendimento e autodeterminação).

Seguindo a orientação do nosso Código Penal, a embriaguez não acidental jamais exclui a imputabilidade (art. 28, II), seja ela completa ou incompleta.

(ii) Embriaguez **acidental** (caso fortuito ou força maior):

Aqui, a embriaguez decorre de caso fortuito (o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere) ou força maior (o sujeito é obrigado a ingerir a substância inebriante). Quando completa, isenta o agente de pena (art. 28, § 1º, do CP); se incompleta, não exclui a culpabilidade, mas diminui a pena (art. 28, §2º, do CP).

Note que a embriaguez, para gerar a inimputabilidade do ébrio, pressupõe os seguintes requisitos: causal (proveniente de caso fortuito ou força maior), quantitativo (completa), cronológico (ao tempo da ação ou omissão) e consequencial (inteira incapacidade intelectual ou volitiva).

(iii) Embriaguez **patológica**

Patológica é a embriaguez doentia, que, conforme o caso concreto, pode ser tratada como anomalia psíquica, gerando a inimputabilidade do agente ou redução de sua pena, nos moldes do art. 26 do CP.

(iv) Embriaguez **preordenada**

Nessa espécie, o agente ingere bebida alcoólica ou consome substância de efeitos análogos com a **finalidade** de cometer um crime. Completa ou incompleta, não haverá exclusão da imputabilidade, tampouco redução de pena, mas a incidência de agravamento da sanção penal (artigo 61, II, "I", do Código Penal¹⁹¹).

Em resumo:

Embriaguez acidental	Caso fortuito	O agente ignora o efeito inebriante da substância.	Completa: isenta o agente de pena art. 28, § 1º, CP.
	Força Maior	O agente é obrigado a ingerir a substância.	Incompleta: diminui a pena dos termos do art. 28, 2º, CP.

191. CP. Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II – ter o agente cometido o crime: [...] I) em estado de embriaguez preordenada.

Obs.: para que a embriaguez isente de pena ela precisa ser accidental.			
	Voluntária	O agente quer se embriagar	Completa
	Culposa	Negligência	Incompleta
Obs.: em nenhum caso a embriaguez não accidental exclui a imputabilidade (art. 28, II, CP).			
	Doença	Pode configurar anomalia psíquica	Será tratada como doente mental, aplicando o art. 26 do CP.
	Embriaguez voluntária + Finalidade de praticar o crime	A embriaguez é o meio de que o agente se vale para praticar o delito.	É considerada circunstância agravante de pena (art. 61, II, "I", CP).

É necessário entender a razão de o Código Penal autorizar a punição da embriaguez voluntária ou preordenada, mesmo quando **completa**, leia-se, quando, no momento da conduta, o agente ébrio claramente não tem capacidade de entendimento e autodeterminação.

O fundamento encontra-se no princípio da *actio libera in causa*, assim explicado por JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“Há séculos se vem formulando na Alemanha o problema da *actio libera in causa* (conhecida como a.l.i.c.), que recebeu tratamento em obras clássicas como a do barão SAMUEL VON PUFENDORF (...). Existe a.l.i.c quando se imputa a uma conduta posterior, impune por si mesma, o comportamento prévio doloso ou culposos que a provocou. É muito conhecida a Sentença do Tribunal Supremo do Reich de 1892, na qual se julgou um entregador de leite que atropelou um pedestre com sua carroça, alegando imputabilidade sobre a base de seu estado de embriaguez completa. A solução jurídica que deu nascimento ao chamado ‘modelo da tipicidade’ consistiu em aplicar uma peculiar analogia com a autoria mediata, dizendo que a situação equivaleria a ter deixado as rédeas do cavalo a um terceiro inconsciente (entendendo dessa forma que existe simultaneidade temporal entre a realização do tipo e a culpabilidade). Por isso o leiteiro foi condenado pelo resultado imprudente produzido”¹⁹².

Em resumo, o ato transitório revestido de inconsciência (momento do crime, em que o agente se encontra embriagado) decorre de ato antecedente que foi livre na vontade (momento de ingestão da bebida ou substância análoga), transferindo-se para esse momento anterior a constatação da imputabilidade e da **voluntariedade**. A constatação

192. Ob. cit., p. 478.

da imputabilidade + vontade do agente no momento em que ingeria a bebida, evita a responsabilidade penal objetiva: se bebeu prevendo o resultado, querendo a sua produção, haverá crime doloso; se bebeu, prevendo o resultado, e aceitou sua produção, temos o dolo eventual; se bebeu e previu o resultado, o qual acreditou poder evitar, configura-se a culpa consciente; se não previu, mas era previsível, culpa inconsciente; se imprevisível, fato atípico.

Vejamos a questão na prática: JOÃO, saindo de uma festa, completamente bêbado, dirige seu veículo, acabando por atropelar e matar um pedestre.

O estado de embriaguez não significa, automaticamente, a punição do motorista por dolo (ainda que eventual). É preciso perquirir a sua voluntariedade no momento em que ingeria a substância. Vejamos:

Motorista completamente bêbado que atropela e mata pedestre	
Ato antecedente livre na vontade	Ato transitório revestido de inconsciência
1. Agente tem previsão do resultado + quer o resultado + imputável = homicídio doloso (dolo direto)	Não existe capacidade de entendimento ou autodeterminação. Segundo a teoria de <i>actio libera in causa</i> , a análise da imputabilidade deve ser feita em momento anterior
2. Previsão do resultado + assumiu o risco + imputável = homicídio doloso (dolo eventual)	
3. Previsão do resultado + acreditou poder + evitar + imputável = homicídio culposo do CTB (culpa consciente)	
4. Não previu resultado + resultado previsível + imputável = homicídio culposo (culpa inconsciente)	
5. Resultado imprevisível = fato atípico (aplicar a teoria da <i>actio libera in causa</i> pode reduncar na responsabilidade penal objetiva).	

5.1.2. A imputabilidade do índio não integrado

A condição de índio não integrado não gera presunção de incapacidade penal. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa.

Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, mas por ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, explica Víctor GABRIEL RODRÍGUEZ:

“No Brasil, em que ainda resta alguma população indígena não de todo integrada ao resto da sociedade, há que se questionar acerca da imputabilidade do índio. Mas esse questionamento deve

necessariamente partir do abandono da antiga concepção de que o índio não integrado não tem desenvolvimento mental completo. Ainda que se reconheça, por questões antropológicas que aqui não cabe aprofundar, que a sociedade indígena se encontra em uma fase anterior de desenvolvimento – o que ainda assim é muito relativo –, não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado.

O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possam impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas –, mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo¹⁹³.

5.1.3. A emoção e paixão

Como estabelece o artigo 28, I, do Código Penal, a emoção e a paixão **não** excluem a responsabilidade penal.

Emoção é o estado súbito e passageiro, enquanto a **paixão** é o sentimento crônico e duradouro. Pode a emoção servir como circunstância atenuante, nos moldes do artigo 65, III, “c”, ou como causa de diminuição de pena, como prescrevem os artigos 121, §1º¹⁹⁴, e 129, §4º¹⁹⁵, ambos do Código Penal. Já a paixão, dependendo do grau e da capacidade de entendimento do agente, pode ser encarada como doença mental (paixão patológica – art. 26, *caput*, CP).

5.1.4. A constatação da inimputabilidade

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor de fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que, inclusive, estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar, em vez de medida de segurança, apenas a redução da pena. Esta regra, evidentemente, não se aplica aos casos de inimputabilidade em razão da idade, em que se presume de forma absoluta a incapacidade de entendimento e determinação do menor.

193. Ob. cit. p. 284-5.

194. CP. Art. 121. Matar alguém: [...] § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

195. CP. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 4º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Concluída a perícia, embora não possa o juiz, por convicção pessoal, contrariar sua conclusão, condenando quando o laudo conclui pela inimputabilidade ou vice-versa, não há obrigação de sua parte em aceitar o trabalho do perito, conforme se extrai do art. 182 do Código de Processo Penal¹⁹⁶. Na hipótese de discordar da conclusão pericial, deve determinar a realização de novo exame em que se lastreará sua decisão.

5.2. Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que tem o agente imputável de compreender a reprovabilidade da sua conduta.

Note que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico sobre o enquadramento jurídico do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no direito, sendo por ele reprovado. Contenta-se com a percepção leiga, uma **valoração paralela na esfera do profano**¹⁹⁷. Trata-se do critério **intermediário** de determinação da consciência da ilicitude. Os demais são: i) **formal**: é necessário que o agente tenha conhecimento de que viola uma norma penal. Não é adotado porque, nestas circunstâncias, somente a alguém com formação jurídica poderiam ser atribuídas infrações penais; ii) **material**: pressupõe o conhecimento de que, com a conduta, pratica-se um ato antissocial, imoral e injusto, que viola um interesse. Também não tem aplicação porque desconsidera a existência de infrações penais que não se estabelecem com base na materialidade do injusto.

Nessa linha de raciocínio, adverte **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

“Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a *potencial consciência*. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada *consciência profana do injusto*, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”¹⁹⁸.

196. CPP. Art. 182. *O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

197. É o que ensina Francisco de Assis Toledo: “Conjugando-se o que foi dito com os princípios da denominada ‘teoria da culpabilidade’ e com certos ensinamentos preciosos e válidos do Direito Canônico, pode-se traçar o seguinte quadro esquemático: a consciência da ilicitude é uma valoração paralela do agente na esfera do profano (Mezger), bastando para que seja atingida, que cada um reflita sobre os valores ético-sociais fundamentais da vida comunitária de seu próprio meio (Wetzel). Pode ser atual ou potencial. Assim, não aproveita ao agente a falta da consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (‘ignorantia affectata’ do Direito Canônico), recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas” (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal*. RT. vol. 3. p. 409/426. Out/2010).

198. Ob. cit. p. 463-4.

5.2.1. Erro de proibição

A **causa excludente (dirimente)** da potencial consciência da ilicitude é o **erro de proibição**, positivado no artigo 21 do Código Penal, *in verbis*:

“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

É sabido que uma vez publicada no Diário Oficial da União, a lei se presume conhecida por todos. Logo, não nos é dado desconhecer a lei. É possível, no entanto, que o agente, mesmo conhecendo a lei, incida em erro quanto à proibição do seu comportamento, valorando equivocadamente a reprovabilidade da sua conduta, podendo acarretar a exclusão da culpabilidade.

O erro pode ser **escusável** ou **inescusável**, e é da conclusão desta análise que decorre a possibilidade do afastamento da culpabilidade. O erro é **escusável** quando o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato em situação na qual **não** é possível lhe exigir que tenha esta consciência. É, por outro lado, **inescusável**, nas palavras do Código Penal, “se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (art. 21, parágrafo único).

No caso do erro escusável, **afasta-se** a culpabilidade, ao passo que o erro inescusável acarreta apenas a **diminuição da pena** (de um sexto a um terço).

Para aferir se o erro foi escusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio.

Nesse contexto, precisamos diferenciar **três** situações:

(A) o agente, apesar de ignorar a lei, conhecia a reprovabilidade da sua conduta: não se configura o erro de proibição, podendo caracterizar atenuante da pena¹⁹⁹.

Exemplo: JOÃO, apesar de ignorar que o desrespeito ao hino nacional é contravenção penal tipificada no art. 35 da Lei nº 5.700/71, passa a achincalhar a letra, sabendo que seu comportamento é reprovado socialmente.

(B) o agente, apesar de conhecer a lei, ignora a reprovabilidade do comportamento: configura erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

199. CP. Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – o desconhecimento da lei;

Exemplo: JOÃO, mesmo sabendo que homicídio é crime, acredita que o tipo não alcança a eutanásia.

(C) o agente ignora a lei e a ilicitude do fato: configura-se erro de proibição. Se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena.

Exemplo: JOÃO fabrica açúcar em casa, não imaginando que seu comportamento é reprovável, muito menos crime previsto no art. 1º, Dec. Lei 16/66.

Junto com BITENCOURT, concluímos:

*“A **ignorantia legis** é matéria de aplicação da lei penal que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos. Enquanto o **erro de proibição** é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal”²⁰⁰.*

Conforme já mencionado em tópico próprio, a evolução da teoria psicológica normativa para a normativa pura acarretou a migração da culpa e do dolo para o fato típico. O dolo, despido de elemento normativo (consciência **atual** da ilicitude), migrou somente com elementos naturais (consciência e vontade).

A consciência da ilicitude, no entanto, foi absorvida pela culpabilidade como seu novo elemento, ao lado da imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, porém não mais como atual, mas **potencial** consciência, elemento normativo valorado pelo intérprete.

Teoria Psicológica Normativa	Teoria Normativa Pura
Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Culpa • Dolo (dolo normativo: consciência, vontade e consciência atual da ilicitude)	Elementos: • Imputabilidade • Exigibilidade de conduta diversa • Consciência (potencial) da ilicitude Obs1: dolo e culpa migram para o fato típico Obs2: o dolo passou a ser natural, composto de: consciência e vontade). Obs3: o elemento normativo do dolo deixa de ser elemento do dolo passando a ser elemento da própria culpabilidade, porém não mais atual, mas sim potencial.

Importa esclarecer as consequências dessa mudança. Enquanto consciência **atual** da ilicitude, todo e qualquer erro de proibição, evitável ou não, isentava o agente de pena.

200. Ob. cit., p. 462.

Contentando-se com a **potencial** consciência, somente o erro inevitável exclui a culpabilidade, permitindo-se a punição (mesmo que diminuída) quando evitável.

Erro de Proibição Inevitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.
Erro de Proibição Evitável	Isenta o agente de pena, eliminando a atual consciência da ilicitude.	Não isenta o agente de pena, pois, apesar de eliminar a atual , existe a potencial consciência da ilicitude, suficiente para a punição.

5.2.1.1. *Espécies de erro de proibição*

São espécies de erro de proibição:

(A) Erro de proibição direto

No erro de proibição direto o agente se equivoca quanto ao conteúdo de uma norma proibitiva, ou porque ignora a existência do tipo incriminador, ou porque não conhece completamente o seu conteúdo, ou porque não entende o seu âmbito de incidência.

Exemplo: holandês, habituado a consumir maconha no seu país de origem, acredita ser possível utilizar a mesma droga no Brasil, equivocando-se quanto ao caráter proibido da sua conduta.

(B) Erro de proibição indireto

No erro de proibição indireto (descriminante putativa por erro de proibição) o agente sabe que a conduta é típica, mas supõe presente uma norma permissiva, ora supondo existir uma causa excludente da ilicitude, ora supondo estar agindo nos limites da discriminante.

Exemplo: “A”, traído por sua mulher, acredita estar autorizado a matá-la para defender sua honra ferida.

☒ *E o erro sobre elementos normativos do tipo?*

A doutrina debate a natureza deste erro. Para Alcides Munhoz Neto²⁰¹, há de ser feita distinção entre os elementos normativos do tipo e os elementos normativos da ilicitude. Os primeiros traduzem circunstâncias relativas à constituição do fato criminoso (ex.: “cheque”, “coisa alheia” etc.) e, conseqüentemente, a ignorância do agente sobre eles deve ser tratada como erro de tipo; os elementos normativos da ilicitude, por outro lado, não obstante integrem o tipo, não têm nenhuma relevância para a constituição do fato típico, limitando-se a ressaltar a ilicitude característica de toda infração penal (ex.:

201. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, p. 133.

“indevidamente”, “sem justa causa”). Por esta razão, o erro sobre estes elementos deve ser equiparado ao erro de proibição.

Há, todavia, quem considere equivocada a distinção apontando que se os elementos integram o tipo, o erro incidente sobre tais elementos deve ser tratado como erro de tipo²⁰².

5.2.1.2. Erro de proibição e erro de tipo

Erro de proibição não se confunde com o erro de tipo. Vejamos.

O erro de tipo é o equívoco que recai sobre as circunstâncias do fato, sobre elementos do tipo penal; o erro de proibição, por sua vez, recai sobre a ilicitude do fato. Imagine-se, a título de exemplo, a seguinte situação: uma criança está nadando à noite na represa, quando começa a se afogar; JOÃO e ANTONIO estão próximos. JOÃO não enxerga bem e, por isso, não percebe que é uma criança, acreditando ser um animal; ANTONIO enxerga bem, mas nota que aquela criança não é seu parente, nem seu amigo, motivo pelo qual a ignora, já que acredita não ter o dever jurídico de salvá-la.

Com base no exemplo acima, podemos concluir que **JOÃO age em erro de tipo**, porque ele se equivoca quanto à circunstância fática que integra o tipo penal: era uma criança, mas o agente (JOÃO) representou equivocadamente, achando ser um pato.

De outro lado, **ANTONIO age em erro de proibição**, pois representa bem a criança (não a confunde com um pato), mas entende que a sua conduta (inércia) é tolerada por lei diante da ausência de qualquer relação de parentesco com o menor em perigo.

5.3. Exigibilidade de conduta

Para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se, ainda, que nas circunstâncias tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“O cometimento de fato típico e antijurídico, por agente imputável que procedeu com dolo ou culpa, de nada vale em termos penais se dele não era exigível, nas circunstâncias em que atuou, comportamento diferente. Não se pode formular um juízo de censura ou reprovação, destarte, se do sujeito ativo era inviável requestar outra conduta”²⁰³.

Nos termos do artigo 22 do Código penal, “*Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem*”. Se a pena é castigo, não se pode castigar quem agiu sem liberdade (em circunstâncias de anormalidade).

202. GRECO, Rogério, ob. cit., p. 409.

203. Ob. cit. p. 569.

As figuras da coação irresistível e obediência hierárquica são excludentes desse elemento da culpabilidade.

5.3.1. Coação irresistível

A coação irresistível está prevista no artigo 22, 1ª parte, do Código Penal.

5.3.1.1. Requisitos da coação irresistível

São dois requisitos:

(A) Coação moral

A coação a que se refere o dispositivo pode ser traduzida como ameaça, promessa de realizar um mal.

Apesar de o artigo 22, 1ª parte, do Código Penal, falar em “*coação irresistível*”, entende a doutrina referir-se apenas à **coação moral** (*vis compulsiva*) e não à coação física (*vis absoluta*). Com efeito, na coação física, o coator coordena os movimentos do coagido e, quando irresistível, representa hipótese excludente da conduta, elemento do fato típico.

(B) Irresistibilidade da coação

A coação deve também ser irresistível, assim compreendida aquela a que o coato, oprimido pelo medo, não pode subtrair-se, mas apenas sucumbir ante a violência moral, realizando a conduta criminosa para satisfazer a vontade do autor da coação.

Como bem explica **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“Para uns, a gravidade da ameaça é apurada em função do homem médio; para outros, o referencial é a condição pessoal do coagido. Cremos, em tal assunto, que nenhum desses critérios deve ser tomado em sentido absoluto. Efetivamente, o juiz deve decidir conforme o critério que mais se ajustar ao fato concreto, analisando sempre o valor dos bens jurídicos em conflito, as consequências advindas de uma ou outra opção, bem como o estado psicológico e demais particularidades do coagido, como sexo, idade, saúde, temperamento etc. É evidente que a ameaça de dano patrimonial não pode justificar a morte, ou lesão grave, de uma pessoa. Mas se os bens jurídicos são de igual valor, a opção do paciente de sacrificar o interesse alheio, satisfazendo o desejo do coator, não pode ser censurado pelo direito. Se, no entanto, o bem sacrificado é maior que o dano causado pela ameaça, subsiste a culpabilidade do coagido”²⁰⁴.

Atente-se que o dispositivo ao se referir à coação irresistível está, evidentemente, excluindo a resistível. Naquela, o agente coagido não é passível de punição; nesta, não

204. Ob. cit. p. 396.

sendo suficiente para gerar circunstância de anormalidade, não impede a punição, mas a pena fica atenuada (artigo 65, III, “c”, 1ª parte, do Código Penal).

Não se admite a coação irresistível da sociedade. “*A sociedade não pode delinquir, pois onde ela existe, aí está também o Direito. Assim, a coação irresistível há que partir de uma pessoa, ou de um grupo, nunca da sociedade*”²⁰⁵.

Portanto, cai por terra a (absurda) alegação do marido traído no sentido de que assassinou o amante da sua esposa coagido pela sociedade, que o impelira de forma irresistível à prática do delito.

Tampouco se admite como dirimente o temor reverencial, que não traduz verdadeira coação, mas tão somente receio de desagradar a alguém por quem o agente nutre elevado respeito. Tanto é assim que o art. 153 do Código Civil, ao tratar da coação como causa de anulabilidade do negócio jurídico, exclui expressamente o temor reverencial da causa de invalidade. Ora, se nem mesmo na esfera civil é possível invocar o temor para anular o negócio celebrado, com maior razão há de se obstar qualquer efeito supressor da culpabilidade.

Na coação moral irresistível, a responsabilidade penal desloca-se da figura do coagido para a do coator (“*só é punível o autor da coação*”).

O coator responde pelo crime cometido pelo coato (na condição de autor mediato), em concurso material com o crime de tortura, decorrente do constrangimento a que foi submetido o coagido²⁰⁶.

Na coação resistível, os dois personagens respondem pelo crime, o coator com a agravante do art. 62, II, do CP, e o coagido com a atenuante do art. 65, III, “c”, do CP.

Em resumo:

	Se a coação for irresistível	Se a coação for resistível
Coator	Responde, como autor, pelo crime praticado pelo coagido + crime de tortura (art. 1º, I, “b”, da Lei nº 9.455/97).	Responde, também, pelo crime praticado pelo coagido + agravante do art. 62, II, do CP.
Coagido	Isento de pena por inexigibilidade de conduta diversa.	Responde pelo crime praticado + atenuante do art. 65, III, “c”, do CP.

5.3.2. Obediência hierárquica

A segunda causa excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é a obediência hierárquica, disciplinada no artigo 22, 2ª parte, do Código Penal.

205. TJSP – AC – Rel. Cunha Bueno – RT 477/342.

206. Lei nº 9.455/97. Art. 1º *Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: [...] b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas; [...] Pena – reclusão, de dois a oito anos.*

É sabido que a ordem de um superior é emitida para ser cumprida, trazendo consigo a força da hierarquia institucional. Quando legal, não pode ser desobedecida, sob pena de responsabilidade do subalterno.

A ordem ilegal, por sua vez, não deve ser executada, não acarretando qualquer efeito para o subordinado que a descumpra (aliás, efeitos administrativos ou penais existirão se cumprir o mandamento). Há, entretanto, a ordem ilegal, *mas com aparência de legalidade*. O inferior hierárquico, ao executá-la, equivoca-se diante das aparências. É desta ordem que cuida o artigo em comento.

Explicam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“O comportamento criminoso realizado em cumprimento a uma ordem ilícita aparentemente legal é contrário ao direito (antijurídico) e, portanto, deve ser desaprovado. Destaque-se que possui natureza de agressão injusta, e aquele que sofre com seus efeitos poderia invocar a legítima defesa contra o que executa, sem saber, uma ordem ilegítima. Todavia, aquele que atua e foi instrumentalizado não merece pena porque, conforme as circunstâncias, não lhe era exigível uma conduta lícita alternativa.

Aquele que recebe a ordem encontra-se em um conflito, porque não pode saber se materialmente o que lhe ordenam é conforme o direito. O descumprimento de uma ordem formalmente concreta pode implicar em sanções, de natureza administrativa ou inclusive penal. Em síntese, a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legitimidade da ordem”²⁰⁷.

Note que a dirimente em estudo nada mais é do que um misto de **coação**, gerada pela ordem de um superior, com o **erro** do subordinado, iludido pela aparência do mandamento (coação + erro)²⁰⁸.

5.3.2.1. Requisitos da obediência hierárquica

São **requisitos** da obediência hierárquica:

(A) Ordem de superior hierárquico

A ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade emanada de um detentor de função pública dirigida a um agente público hierarquicamente inferior, destinada à realização de uma ação ou absterção.

207. Ob. cit. p. 498-9.

208. Ensina Nucci que “essa excludente não deixa de ser um misto de inexistência de outra conduta com erro de proibição” (*Código Penal Comentado*. Ob. cit. p. 221).

A subordinação doméstica (pai e filho) ou eclesiástica (bispo e sacerdote) não configura a dirimente (podendo caracterizar causa supralegal de exclusão da culpabilidade, assunto tratado em tópico próprio).

(B) Ordem não seja manifestamente (claramente) ilegal

A ordem recebida, apesar de ilegal, tem aparências de legalidade, induzindo o subordinado em erro, que acaba por executá-la. Portanto, embora ilegal, a ilicitude da ordem recebida não pode ser flagrante, clara e ululante, caso em que o executor não se exime de responsabilidade (sendo punido juntamente com o mandante, seu superior hierárquico). É claro que as circunstâncias do caso concreto vão ditar se a ordem era (ou não) manifestamente ilegal.

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, lembrando as lições de penalistas clássicos, esclarece:

“Casos há, contudo, que requerem uma cautela maior ou melhor apuro na sua aferição, consoante as condições psicológicas do executor da ordem. Por esse motivo, enfatiza Aníbal Bruno, a expressão manifestamente ilegal, empregada pela Código ao insculpir a dirimente, deve ser entendida segundo as circunstâncias do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado. Ilustra Hungria a hipótese com o caso de um bisonho soldado de polícia que, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que se acha em fuga. Consequentemente, pondera Noronha, não só a ordem, mas também as circunstâncias atinentes ao executor – rusticidade, atraso, tempo de serviço...- tudo, em conjunto, há de ser apreciado no caso concreto”²⁰⁹.

(C) Estrita observância da ordem

O subordinado não pode exceder-se na execução do mandamento aparentemente legítimo, sob pena de responder pelo excesso.

Na obediência hierárquica, a responsabilidade penal desloca-se da figura do subordinado para a do superior (“*só é punível o autor da ordem*”), na condição de autor mediato.

Na ordem claramente ilegal, os dois personagens respondem pelo crime, podendo o subordinado ser beneficiado com a atenuante prevista no art. 65, III, “c”, do CP.

Quando se trata de ordem legítima, superior e subordinado cumprem dever legal, não havendo crime (art. 23, III, 1ª parte, do CP).

209. Ob. cit., p. 580.

Em resumo:

	Obediência hierárquica		
	Se a ordem não for manifestamente ilegal	Se a ordem for manifestamente ilegal	Se a ordem for legítima
Superior	Responde, como autor mediato, pelo crime praticado pelo subordinado.	Responde pelo crime praticado pelo subordinado.	Não há crime (estrito cumprimento de um dever legal)
Subordinado	Isento de pena por inexigibilidade de conduta diversa.	Responde pelo crime praticado, mas poderá ter a pena atenuada em razão do artigo 65, III, "c", do CP.	Não há crime (estrito cumprimento de um dever legal)

5.3.3 Dirimentes supraleais

A questão de existir ou não causa de exclusão da culpabilidade não prevista na legislação penal já foi muito discutida, hoje admitida pela doutrina (com respaldo em crescente jurisprudência). Percebeu-se, sem muita dificuldade, que, por mais providente que seja o legislador, não consegue prever todos os casos em que é inexigível do agente conduta diversa, sendo perfeitamente possível, diante das circunstâncias do caso concreto, revelar hipóteses não antevistas pelo legislador.

As dirimentes supraleais se fundamentam, basicamente, no fato de que a exigibilidade de conduta diversa é característica fundamental da culpabilidade, motivo pelo qual não é admissível que se estabeleça a responsabilidade penal em decorrência de comportamentos humanos inevitáveis.

A inexigibilidade de conduta diversa aparece, portanto, como a válvula de escape para as dirimentes supraleais. Nesse sentido, explica **CLAUDIO BRANDÃO**:

“Até muito breve, só era reconhecida no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal. A jurisprudência, nesse sentido, inclusive, é farta. Todavia a partir do desenvolvimento dos estudos da culpabilidade, notadamente pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela ‘quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supraleal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito’”²¹⁰.

São exemplos de causas **supraleais** de exclusão da culpabilidade:

210. Ob. cit. p. 177-8.

(A) Cláusula de consciência

Nos termos da cláusula de consciência, estará isento de pena aquele que, por motivo de consciência ou crença, praticar algum fato previsto como crime, desde que não viole direitos fundamentais individuais. A doutrina costuma amparar a cláusula de consciência na liberdade de crença e de consciência assegurada constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, VI da CF/88.

Exemplo: cita-se o caso do pai, testemunha de Jeová, que não permite a transfusão de sangue no filho. A questão, no entanto, merece atenção. Bem observam LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA:

“É preciso distinguir as situações:

a) quando não há nenhuma lesão ao bem jurídico colocado em risco, em razão da intervenção de uma terceira pessoa, nenhuma responsabilidade penal subsiste. O pai não permite a transfusão de sangue no filho menor, mas o médico atua por conta própria e salva a criança. Ninguém responde penalmente nesse caso (...).

b) quando, de outro lado, o bem jurídico vida é lesado, o pai responde penalmente porque entre a liberdade de crença e a lesão ao bem jurídico vida ou integridade física, possuem maior valor estes últimos.

O médico, por seu turno, só responde por algo se omitiu socorro. Se tentou de toda a maneira salvar a vida da criança e não conseguiu, por nada responde”²¹¹.

(B) Desobediência civil

A desobediência civil representa atos de insubordinação que têm por finalidade transformar a ordem estabelecida, demonstrando a sua injustiça e necessidade de mudança. Exige-se para o reconhecimento desta dirimente: **(A)** que a desobediência esteja fundada na proteção de direitos fundamentais; **(B)** que o dano causado não seja relevante.

Exemplo: ocupações de prédios públicos; invasões do MST.

5.4. Síntese das causas legais de exclusão da culpabilidade

Elementos da culpabilidade	Dirimentes	Comentários
Imputabilidade	Anomalia psíquica (art. 26, caput) Menoridade (art. 27) Embriaguez accidental (art. 28, §1º)	O rol de dirimentes da imputabilidade é taxativo. O índio não é considerado inimputável, salvo se portador de anomalia psíquica, for menor de 18 anos ou apresentar embriaguez completa accidental.
Potencial consciência da ilicitude	Erro de proibição inevitável (art. 21)	O rol também é taxativo.
Exigibilidade de conduta diversa	Coação moral irresistível Obediência hierárquica	Prevalece que as dirimentes da exigibilidade de conduta diversa estão dispostas num rol exemplificativo, admitindo-se causas supralegais (STJ)

211. Ob. cit. p. 450-1.

1

Capítulo V

PUNIBILIDADE

Sumário • 1. Conceito; 2. Causas de extinção da punibilidade; 2.1. Morte do agente; 2.2. Anistia, graça e indulto; 2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados; 2.3. “Abolitio criminis”; 2.4. Decadência; 2.5. Perempção; 2.6. Prescrição; 2.6.1. Conceito; 2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade; 2.6.3. Prescrição: fundamentos; 2.6.4. Prescrição: espécies; 2.6.4.1. Prescrição pretensão punitiva; 2.6.4.1.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição em abstrato (PPPA); 2.6.4.1.2. Prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente (PPPS ou PPPI); 2.6.4.1.3. Prescrição da pretensão punitiva retroativa (PPPR); 2.6.4.1.4. Prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, virtual, antecipada ou por prognose (PPPV); 2.6.4.1.5. PPPA, PPPS e PPPR: resumo; 2.6.4.2. Prescrição da pretensão executória (PPE); 2.6.4.2.1. PPE: consequências; 2.6.4.2.2. PPE: termo inicial; 2.6.4.2.3. PPE: exemplo; 2.6.5. Prescrição e atos infracionais; 2.6.6. A prescrição da pena de multa; 2.6.7. A redução dos prazos prescricionais; 2.7. Renúncia ao direito de agir; 2.8. Perdão (aceito) do ofendido; 2.9. Retratação do agressor; 2.10. Perdão judicial

1. CONCEITO

Punibilidade é o direito que tem o Estado de aplicar a sanção penal prevista na norma incriminadora, contra quem praticou a infração penal.

A punibilidade, como se percebe, não integra o conceito analítico de crime, sendo sua **consequência jurídica** (efeito do crime). Extinta a punibilidade, não desaparece o crime, somente seu efeito.

☒ **Então é possível crime sem punibilidade (sem efeito)?**

ZAFFARONI e PIERANGELI respondem:

“O vocábulo ‘punibilidade’ tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: **a)** punibilidade pode significar merecimento de pena, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *Strafwürdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível pelo simples fato de sê-lo; **b)** punibilidade pode significar possibilidade de aplicar a pena, no sentido da palavra alemã *Strafbar*; neste sentido, nem todo o delito é passível de uma aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo o delito o que teria merecido. Nem sempre a punibilidade no sentido ‘a’ pode ser satisfeita no sentido ‘b’. Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e opera dentro da própria teoria da coerção penal. A afirmação de que o delito é punível (sentido *a*) surge da afirmação de que é

delito, mas a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação (sentido *b*).

Pelo simples fato de sê-lo, o delito é merecedor de uma pena (punível e sentido *a*), assim como a criança travessa é merecedora de uma palavra corretiva, por parte da mãe. Mas pode acontecer que, por um motivo que nada tem a ver com o delito em si, a pena não possa ser aplicada, assim como pode acontecer que a mãe não aplique a palmada, porque tem a mão machucada, sem que isto em nada afete a existência da travessura do moleque.”²¹².

2. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O direito de punir **não** é absoluto. Praticado o injusto penal por um agente culpável, é possível que, *in casu*, incida alguma causa extintiva da punibilidade, fazendo com o que o Estado não possa aplicar a sanção cominada no tipo penal.

O artigo 107 do Código Penal apresenta um rol meramente exemplificativo de causas que fazem desaparecer o direito de o Estado aplicar a pena, o que significa que outras normas podem dispor sobre o tema. É o que faz, a título de exemplo, o artigo 312, §3º, do Código Penal, anunciando que a reparação do dano (ou restituição da coisa) no peculato culposo atua como causa extintiva de punibilidade²¹³.

Ademais, admite-se também **causa supralegal de extinção da punibilidade**, citando-se como exemplo a súmula nº 554 do STF²¹⁴, cuja interpretação *contrario sensu* conduz à inteligência de que, o pagamento do cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia é causa que extingue o direito de punir.

Em resumo (e relembando):

Crime			Efeito
Fato Típico	Ilicitude	Culpabilidade	Punibilidade
O princípio da insignificância aparece como sua causa supralegal de extinção	Admite causa supralegal de exclusão: consentimento do ofendido	A inexigibilidade de conduta diversa é a porta de entrada das causas supraleais de exclusão (desobediência civil, por exemplo)	O rol de causas extintivas no art. 107 é meramente exemplificativo. A Súmula 554 do STF anuncia causa supralegal que faz desaparecer o direito de o Estado punir o agente

212. Ob. cit. p. 705-6.

213. CP. Art. 312, § 2º – *Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. § 3º – No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.*

214. STF. Súmula nº 554. *O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.*

Por fim, não podemos confundir causas extintivas da punibilidade com causas de exclusão da punibilidade e condições objetivas de punibilidade.

Nas causas extintivas, o direito de punir nasce, mas desaparece em razão de fato/evento superveniente. Por exemplo, no crime perseguido mediante ação penal de iniciativa exclusiva da vítima, não sendo proposta a ação penal (queixa-crime) no prazo legal, ocorre a decadência, extinguindo o direito de punir do Estado.

Na causa de exclusão, o direito de punir sequer nasce, levando em conta, em regra, determinadas condições pessoais do agente. No furto praticado pela mulher em face do marido, por exemplo, o Estado, no art. 181, I, do CP, por razões de política criminal, anuncia, desde logo, que não tem interesse em punir o fato.

A condição objetiva de punibilidade, por sua vez, suspende o direito de punir até o advento de um fato/evento futuro e incerto, não abrangido pelo dolo do agente, pressuposto para a concretização da punibilidade. Para que a lei penal brasileira seja aplicada ao crime praticado por brasileiro no estrangeiro, concretizando o direito de punir pátrio, é necessário que o fato seja punível também no país em que foi cometido (art. 7º, §2º, “b”, do CP).

Explicam JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“As causas de exclusão da punibilidade (*Strafausschliessungsgründe*) também conhecidas como escusas absolutórias (*persönliche Straffreiheitsgründen*) são circunstâncias ou requisitos relacionados diretamente com a pessoa do autor. O legislador está consciente de que a conduta é criminosa, e por isso o suficientemente grave para merecer uma pena. Todavia, a própria valoração do legislador indica que este fato, o qual já se afirmou o caráter antijurídico e culpável, deve ser *excepcionalmente* tolerado. Por isso exclui a sanção penal, baseando-se em apreciações prévias de *caráter político*. A formulação destas causas de exclusão da punibilidade é normalmente negativa, excluindo a pena aplicável aos intervenientes que delas se beneficiem. Esta é uma característica diferencial a respeito das condições objetivas de punibilidade, pois naquelas hipóteses, se a condição não existe, a impunidade favorece a todos. Ainda que se note em algum interveniente uma causa de exclusão da punibilidade, o resto dos participantes receberá a sanção penal correspondente, salvo quando se tratar de uma das excepcionais hipóteses reconhecidas como causas objetivas de exclusão da punibilidade, que favorecem a todos”²¹⁵.

Veremos, em seguida, as causas de extintivas da punibilidade elencadas no artigo 107 do Código Penal:

215. Ob. cit. p. 522.

2.1. Morte do agente

Extingue-se a punibilidade pela morte do agente (indiciado, réu, sentenciado ou executado) em decorrência do princípio *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) e do princípio constitucional da personalidade da pena, segundo o qual nenhuma sanção criminal passará da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV, CF/88²¹⁶).

Em razão dela (morte), **extinguem-se** todos os efeitos penais da sentença condenatória (principais e secundários), permanecendo os extrapenais (a decisão definitiva, por exemplo, conserva a qualidade de título executivo judicial).

Trata-se, por certo, de causa personalíssima, incomunicável aos concorrentes.

A prova da sua existência é a certidão original do assento de óbito e só a vista dela pode o juiz declarar extinta a punibilidade (art. 62 do CPP). **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO** acrescenta:

“Edita o art. 62 do CPP que só a vista da certidão de óbito do agente poderá ser decretada a extinção da sua punibilidade. Afigura-se-nos, contudo, que, em conotação excepcional, quando não se consiga localizar tal documento, possa a extinção da punibilidade igualmente ser proclamada com fulcro em laudo necroscópico que tenha testificado a materialidade da morte do sujeito ativo, falecido em acidente ou vitimado por um crime, porque representa esta prova pericial a jurídica expressão do corpo do delito. A morte presumida, entretanto, anota Mirabete, prevista no art. 10 do CC (atual art. 6º), não é suficiente para a declaração da extinção da punibilidade”²¹⁷.

Há quem sustente (Damásio e Capez) que, se depois de transitada em julgado a sentença declaratória extintiva da punibilidade, ficar constatada a falsidade da certidão de óbito juntada aos autos, não mais poderá ser revista, vez que vedada a revisão criminal *pro societate*, remanescendo, porém, a possibilidade de se punir o autor pelo uso de documento falso, com previsão no art. 304 do Código Penal.

Ousamos, contudo, divergir.

Entendemos, seguramente, que tal decisão, que reconheceu a extinção de punibilidade, é **inexistente**, não passa de “forma sem conteúdo”, logo, insuscetível de sofrer os efeitos da coisa julgada. Com efeito, *quod nullum est nullum producit effectum*. Dentro desse espírito, encontramos corrente lecionando ser possível o desfazimento da decisão extintiva do direito de punir (MIRABETE, encontrando respaldo em decisões do STF).

Note-se que a morte do condenado não impede revisão criminal, porém veda a reabilitação.

216. CF/88. Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

217. Ob. cit. p. 805. Para Luiz Flávio Gomes e Artonio Molina, no caso de morte presumida (CC, art. 6º), uma vez expedida a certidão de óbito extingue-se a punibilidade (ob. cit. vol. 2, p. 644).

A morte da vítima extingue a punibilidade do réu na ação penal de iniciativa privada personalíssima (único exemplo: art. 236 do CP²¹⁸).

2.2. Anistia, graça e indulto

Prevê o Código Penal como causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça e o indulto (art. 107, inc. II), formas de renúncia do Estado ao seu direito de punir, sendo perfeitamente cabíveis nos crimes de ação penal privada, casos em que se transfere para o particular apenas o **direito de perseguir a punição**. Com efeito, a titularidade do **direito de punir** permanece do Estado.

Vejamos cada um dos institutos, separadamente.

Na **anistia** o Estado, por meio de lei penal, devidamente discutida no Congresso Nacional e sancionada pelo executivo federal, por razões de clemência, política, social etc., esquece um fato criminoso, apagando seus efeitos penais (principais e secundários). Os efeitos extrapenais, no entanto, são mantidos, podendo a sentença condenatória definitiva ser executada no juízo cível, por exemplo.

Note que, uma vez concedida a anistia (renunciando o Estado seu poder de punir), não pode lei superveniente impedir seus (anistia) efeitos extintivos da punibilidade; deve ser respeitada a garantia constitucional da proibição da retroatividade maléfica.

A anistia pode ser:

(A) **Própria** (quando concedida antes da condenação) ou **imprópria** (quando concedida depois da condenação);

(B) **Irrestrita** (quando atinge indistintamente a todos os criminosos) ou **restrita** (atinge certos criminosos, exigindo-se determinadas condições pessoais do agente para a obtenção do benefício, como por exemplo, a sua primariedade);

(C) **Incondicionada** (quando a lei não impõe qualquer requisito para a sua concessão) ou **condicionada** (quando a lei impõe algum requisito – ex: ressarcimento do dano);

(D) **Comum** (incide sobre delitos comuns) e **especial** (aplica-se a crimes políticos).

A doutrina, de modo geral, trata a **graça** e o **indulto** em conjunto, considerando as inúmeras semelhanças entre os dois institutos.

Ambos são concedidos pelo Presidente da República, via decreto presidencial (art. 84, XII, CF/88 – ato administrativo), podendo ser delegada a atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União.

218. CP. *Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento*. Art. 236 – *Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único – A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.*

Atingem apenas os efeitos executórios penais da condenação, subsistindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (penais e extrapenais).

Assim, destacamos, desde logo, as diferenças entre essas duas formas de renúncia e a primeira (anistia):

Lei penal	Decreto
Pode ser concedida antes da condenação	Pressupõe condenação
Extingue todos os efeitos penais	Extinguem somente o efeito executório: o cumprimento da pena

Por sua vez, graça e indulto têm entre si a seguinte distinção:

Grça	Indulto
Benefício individual, com destinatário certo	Benefício coletivo, sem destinatário certo
Depende de provocação do interessado	Não depende de provocação do interessado

A graça e o indulto podem ser:

(A) **Plenos** (quando extinguem totalmente a pena) ou **parciais** (quando concedem apenas diminuição da pena ou sua comutação)²¹⁹;

(B) **Incondicionados** (quando a lei não impõe qualquer requisito para a sua concessão) ou **condicionados** (quando a lei impõe algum requisito – ex: ressarcimento do dano).

2.2.1. Anistia, graça e indulto e os crimes hediondos e equiparados

O inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 determina que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

A Constituição Federal, contudo, é menos restritiva, já que, no inciso XLIII do art. 5º, impede somente a concessão de anistia e graça, nada mencionando acerca da proibição do indulto.

Diante desse quadro, inevitável o questionamento: a ampliação pelo legislador ordinário é constitucional?

Pela impossibilidade de ampliação, leciona **ALBERTO SILVA FRANCO**²²⁰. Se as causas extintivas da punibilidade vedadas no texto constitucional eram duas, não poderia a lei infraconstitucional estatuir uma terceira limitação. Observa-se, ainda, que a concessão do indulto está entre as atribuições privativas do Presidente da República, não podendo o legislador ordinário limitá-lo no exercício dessa atribuição.

219. O STF decidiu não ser possível computar, para o requisito temporal do indulto, o período de prova relativo ao sursis, pois, para o efeito extintivo da punibilidade, não se confunde o cumprimento parcial da pena (requisito objetivo do indulto) com o período em que a pena permaneceu suspensa (HC 123.698/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 26/11/2015).

220. Ob. cit. p. 1182-3.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser o indulto modalidade do poder de graça do Presidente da República, e, por isso, alcançado pela vedação constitucional. Não bastasse, a Constituição Federal trouxe vedações mínimas, permitindo ao legislador ordinário ampliá-las. Nesse sentido:

“Habeas corpus – Vedação ao benefício da comutação da pena – Constrangimento ilegal – Inocorrência – Habeas corpus indeferido. O disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, bem como o art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, vedam a concessão de graça ou anistia aos condenados pela prática dos crimes definidos como hediondos. A questão do presente writ já foi largamente discutida por esta Corte, encontrando-se pacificado, em ambas as Turmas, o entendimento de que, sendo a comutação da pena espécie de indulto parcial, o Decreto Presidencial 3.226, de 29.10.1999, não se aplica ao condenado pela prática de crime hediondo. Precedentes. Ordem indeferida.” (HC 86.615/RJ, 2.ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.11.2006).

Em que pese o Pretório Excelso ter decisões no sentido da ampla aplicação da proibição constitucional, até mesmo para os crimes praticados anteriormente à vigência da Lei 8.072/90 (RHC 84572/RJ, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, relatoi p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.12.2004), não é a posição que prevalece atualmente na Corte, mas sim a da irretroatividade da lei mais gravosa (RE 607666 DF, 1ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 23.02.2011).

☒ ***Aos crimes hediondos e equiparados, admite-se o indulto humanitário, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde do requerente?***

Prevalece o entendimento de que a referida causa extintiva da punibilidade pode ser concedida inclusive para condenados por crimes hediondos ou assemelhados, hipótese à qual não seria aplicável a vedação do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90. Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal.²²¹ A título de exemplo, o Decreto de Indulto de 2012 (n. 7.873/12) autorizou expressamente a concessão do indulto natalino às pessoas com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito, mesmo que a condenação seja referente à prática de crime de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e crimes hediondos (Dec. 7.873/12, art. 1º, inciso X, alínea “a”, c/c art. 8º, parágrafo único).

221 LEAL, João José. A Lei n. 8.072/90 – LCH e a proibição do indulto humanitário, *Boletim IBCCrim*, n. 147, fevereiro de 2005.

A 2ª Turma do STF, no entanto, reiterou jurisprudência no sentido de não ser possível o deferimento de indulto a réu condenado por tráfico de drogas, ainda que precário estado de saúde do condenado. A Turma asseverou que o fato de a paciente estar doente ou ser acometida de deficiência visual não seria causa de extinção da punibilidade nem de suspensão da execução da pena (HC 118213/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 6.5.2014).

2.3. “Abolitio criminis”

Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória (art. 2º CP). Desse modo, se lei nova abolir do ordenamento penal lei incriminadora, o fato não é mais punível, ainda que praticado no momento em que existia a incriminação, prevalecendo, no caso, a regra nova (retroatividade). Aliás, mesmo que exista condenação transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.

O assunto foi abordado em tópico passado, mais precisamente no capítulo da eficácia da lei penal no tempo.

2.4. Decadência

A decadência está prevista como causa extintiva da punibilidade no art. 107, IV, do CP.

Consiste na perda do direito de ação pela consumação do termo prefixado pela lei para o oferecimento da queixa (nas ações penais de iniciativa privada) ou representação (nas ações penais públicas condicionadas), demonstrando, claramente, a inércia do seu titular.

Extinto o direito de ação, perde o Estado, por conseguinte, também o seu direito de punir.

O artigo 103 do Código Penal (bem como o art. 38 do CPP) estabelece que, salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exercer dentro de prazo de seis meses, **contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime** (esse termo inicial visa alcançar aquelas infrações cometidas na clandestinidade ou cuja autoria não é conhecida de plano), ou, na hipótese de ação privada subsidiária da pública, **do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia** (se o MP, apesar de não ter oferecido a denúncia, requereu diligências ou mesmo arquivamento do inquérito, não se reconhece inércia, logo, inviável a ação subsidiária da vítima)²²².

222. Interessante notar que, prevendo o CP marcos iniciais diferentes, poderá haver prescrição sem haver decadência e, da mesma maneira, haver decadência sem que exista prescrição. Com efeito. A contagem do prazo prescricional, em regra, é cortada da data em que a infração se consumou (art. 111 do CP); a contagem da decadência, em regra, da data em que se tomou conhecimento da autoria do fato (art. 103 do CP). Suponhamos que JOÃO teve seu carro danificado (crime previsto no art. 163 do CP, de iniciativa privada), e não conseguiu apurar a autoria. Depois de três anos, o Estado

Em resumo:

O prazo decadencial tem como termo inicial o dia em que se conhece a autoria.	O termo inicial da decadência começa a ser contado do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia.
Se decorrer o prazo de 6 meses, ocorre decadência extinguindo a punibilidade.	Se decorrer o prazo de 6 meses, ocorre decadência sem a extinção da punibilidade, pois o MP continua legitimado para ajuizar a ação penal.

Alerta **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Havendo co-autoria ou participação, o prazo decadencial, como ressoa da unânime voz de nossos doutrinadores, tem seu dies a quo assinalado pelo conhecimento do primeiro autor do fato punível. Foram desprezados, nesse passo, os critérios do conhecimento sucessivo dos agentes e o do conhecimento do último.”²²³.

O termo decadencial é contado na forma do art. 10, CP, computando-se o dia de início e excluindo o dia do fim. Trata-se de prazo fatal, ou seja, improrrogável, não ficando sujeito a causas de interrupção ou suspensão.

Atente-se para o fato de que, na continuidade delitiva (art. 71, CP), o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito isoladamente. Em se tratando de crime permanente, o prazo fatal começa a fluir apenas depois de cessada a permanência.

O direito de queixa ou de representação, até o ofendido completar dezoito anos, deve ser exercido, em seu nome, pelo representante legal. Com 18 (dezoito) anos completos, desaparece o representante, ficando apenas ele (ofendido) legitimado a representar.

Caso o representante legal não tenha ofertado tempestiva representação, a vítima, quando maior, poderá fazê-lo. Até a maioridade não corre para o ofendido o prazo de decadência (apenas para o seu representante legal).

Se a vítima, apesar de maior de 18 anos, for doente mental, o seu direito de representar passará ao seu representante legal, desde que não haja conflito de interesses entre eles. Se o curador é quem está sendo investigado, deve o juiz nomear um curador especial.

perde o direito de punir pela prescrição (não havendo decadência). Por outro lado, se JOÃO, logo após o dano, conhece a autoria, mas demora sete meses para oferecer a queixa, ocorre a decadência (e não a prescrição).

223. Ob. cit. p. 811.

2.5. Perempção

O art. 107, inc. IV, prevê também a perempção, conceituada como sanção processual ao querelante inerte ou negligente. Roberto Delmanto Junior a considera “efeito natural de sua conduta processual penal omissiva”²²⁴.

Esta causa de extinção da punibilidade incide somente sobre **as ações penais privadas**, desde que exclusiva ou personalíssima, uma vez que, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública a inércia do querelante implica na retomada da titularidade da ação por parte do Ministério Público.

As hipóteses de perempção²²⁵ estão enunciadas no artigo 60 do Código de Processo Penal:

(A) quando, iniciada a ação penal privada, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

(B) quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

(C) quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

(D) quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

De acordo com a jurisprudência dominante, configura-se a perempção quando da não apresentação de contrarrazões a recurso do querelado. Por outro lado, não ocorre perempção na hipótese de apresentação de razões recursais intempestivas.

Havendo pluralidade de querelantes, a sanção processual em relação ao desidioso não atinge os demais.

Seja qual for a hipótese de perempção, a consequência é a extinção da punibilidade, ficando vedada a interposição de nova ação por aquele fato.

2.6. Prescrição

2.6.1. Conceito

A prescrição é a perda, em face do decurso do tempo, do direito de o Estado punir (prescrição da pretensão punitiva) ou executar uma punição já imposta (prescrição da pretensão executória).

Trata-se de um limite temporal ao direito de punir do Estado. Sendo matéria de ordem pública, deve ser conhecida, ainda que de ofício, pelo juiz. Nesse sentido dispõe o

224. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 329.

225. O tema será novamente analisado quando do estudo da “ação penal”.

artigo 61 do Código de Processo Penal: “*Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício*”.

Antes de aprofundar o tema, vamos esclarecer, desde já, as diferenças com a decadência e a perempção.

Vejamos:

Decadência	Extinção da punibilidade	Perempção
Atinge diretamente o direito de ação.	Atinge diretamente o direito de punir ou executar punição já imposta.	Atinge o direito de prosseguir na ação.
Só ocorre nos crimes de ação penal privada e nos crimes de ação penal pública condicionada a representação do ofendido (6 meses).	Pode ocorrer tanto nas ações penais públicas (condicionadas ou não), quanto nas ações penais privadas (não importando a espécie).	Só ocorre nos crimes de ação penal privada (exclusiva ou personalíssima)
Sempre ocorre antes da ação penal	Pode ocorrer a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da sentença.	Só ocorre após o início da ação penal.

2.6.2. Hipóteses de imprescritibilidade

Os crimes, ordinariamente, por mais graves que sejam, prescrevem. A Constituição Federal estabeleceu como **regra** a **prescritibilidade**, anotando o legislador constituinte ordinário as exceções. Com efeito, são imprescritíveis **(A)** o crime de racismo, tipificado na Lei nº 7.716/89 (art. 5º, XLII, CF/88); **(B)** os delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88).

A **tortura**²²⁶, embora grave e equiparada a crime hediondo, **não** é imprescritível. Entendemos que não pode o legislador (nem mesmo através de emenda constitucional) criar outras hipóteses de imprescritibilidade porque a prescrição é uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado. Não obstante, devemos ressaltar que o Brasil aderiu ao Tribunal Penal Internacional e, nos termos do artigo 29 do Estatuto de Roma (incorporado ao direito brasileiro através do dec. nº 4.383/2002), os crimes de competência do TPI são imprescritíveis. Como a tortura está elencada no artigo 7º, 1, “f”, do Estatuto, parte da doutrina alega que a norma conferiria a imprescritibilidade a tal delito. Majoritariamente, contudo, compreende-se que o Estatuto de Roma é tratado com *status* de

226. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

norma supralegal, sem força suficiente para afastar a **garantia implícita constitucional da prescritibilidade**.

2.6.3. Prescrição: fundamentos

Com Cezar Roberto BITENCOURT, podemos apontar os principais **fundamentos políticos** que sustentam a legitimidade da prescrição:

- 1) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato;
- 2) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso;
- 3) o Estado deve arcar com sua inércia;
- 4) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório²²⁷.

Em resumo, o tempo faz desaparecer o interesse social de punir.

2.6.4. Prescrição: espécies

Existem duas principais espécies de prescrição:

A) da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, extinguindo o direito de punir do Estado, quer impedindo-o de acionar o Poder Judiciário na busca da aplicação da lei penal ao fato cometido pelo agente, ou, caso exercido o direito de ação, é impedido de ver julgado, definitivamente, o processo em curso e,

B) da pretensão executória (art. 110, *caput*, do CP), esta posterior ao trânsito em julgado, impedindo o Estado de executar a punição (pena ou medida de segurança) imposta na sentença definitiva, subsistindo, porém, os efeitos secundários da condenação.

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, apresenta quatro formas:

- 1) propriamente dita (em abstrato), tratada no art. 109 do CP;
- 2) superveniente, disposta no art. 110, § 1º;
- 3) retroativa, prevista no art. 110, § 1º;
- 4) e virtual ou antecipada (criada pela jurisprudência).

Vejamos cada uma das suas espécies

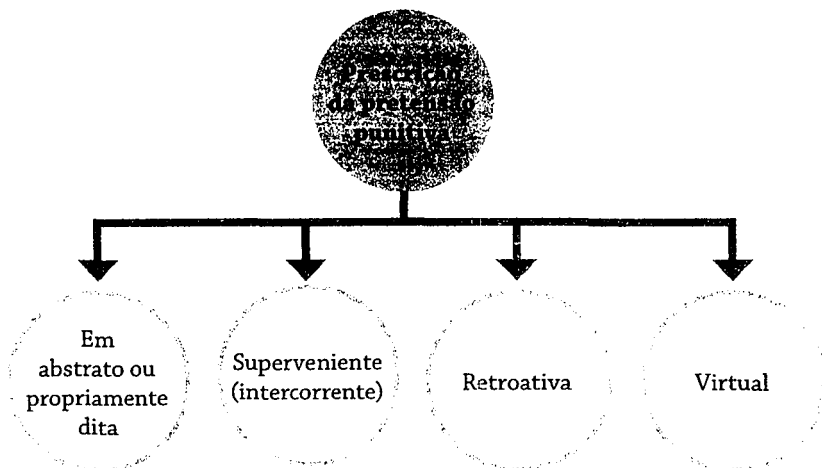
2.6.4.1. Prescrição da pretensão punitiva

2.6.4.1.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição em abstrato (PPPA)

Tendo o Estado a tarefa de buscar a punição do delinquente, deve dizer até quando essa punição lhe interessa (não podendo eternizar o direito de punir). Sendo incerto o *quantum* (ou tipo) da pena que será fixada pelo juiz na sentença, o prazo prescricional

227. Ob. cit., p. 875-6.

é resultado da combinação da pena máxima prevista abstratamente no tipo imputado ao agente e a escala do art. 109²²⁸. Para melhor visualizar esta escala, representaremos as penas nos valendo dos “*varais*” utilizados pelo professor de matemática, no ensino médio, para ensinar aos alunos a determinar o domínio da função das inequações:



Deve-se observar que o prazo prescricional previsto para os crimes com pena de até um ano foi alterado pela Lei 12.234/2010. Tais delitos prescreviam em 2 (dois) anos. Com a mudança, prescrevem em 3 (três) anos. Como a ampliação do prazo prescricional é hipótese de *novatio legis in pejus* (lei maléfica), não retroage para alcançar os fatos preteritos, que continuam seguindo o lapso anterior (2 anos).

Prazo máximo de 20 anos (art. 109, I)	Prazo máximo de 20 anos (art. 109, I)
Prazo mínimo de 2 anos (art. 109, VI)	Prazo mínimo de 3 anos (art. 109, VI)

(A) PPPA: pena máxima em abstrato

Na busca da **pena máxima abstrata** (norte da PPPA), deverão ser avaliadas as seguintes circunstâncias, vinculadas diretamente à aplicação da pena:

(i) Qualificadoras

As qualificadoras representam uma pena autônoma, distinta do tipo básico, motivo pelo qual deverão ser consideradas para a identificação da pena máxima abstrata.

Exemplo: no crime de homicídio simples, cuja pena é de 6 a 12 anos, deve-se trabalhar com o limite máximo de 12 anos (art. 121, *caput*, CP); em se tratando de homicídio

228. Sendo instituto eminentemente penal, deverá ser aplicado, para fins de cômputo dos prazos prescricionais, o artigo 10 do Código Penal: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

qualificado, a prescrição é calculada com base na pena máxima de 30 anos (art. 121, § 2º, CP).

(ii) Circunstâncias judiciais

Previstas no artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais não têm *quantum* (de aumento ou diminuição) previsto em lei, bem como sua incidência não é capaz de alterar os limites mínimo e máximo definidos no tipo penal, justificando o porquê de não serem consideradas para fins de prescrição.

(iii) Agravantes e atenuantes

Para encontrar a pena máxima em abstrato, desprezam-se as agravantes e atenuantes, valendo, aqui, os motivos que justificam a não aplicação das circunstâncias judiciais: patamar de aumento e diminuição não previstos em lei e impossibilidade de, com a sua incidência, elevar a pena além do limite máximo ou reduzir aquém do patamar mínimo (como, aliás, anuncia a súmula nº 231, STJ²²⁹).

As atenuantes da menoridade e da senilidade (art. 65, I, CP), entretanto, por força do disposto no artigo 115 do Código Penal, têm força para reduzir o prazo prescricional pela metade.

Por fim, a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva (súmula nº 220, STJ), muito embora tenha importantes reflexos quando da análise da prescrição da pretensão executória, como adiante será observado.

(iv) As causas de aumento ou de diminuição da pena

Uma vez que as majorantes e minorantes têm aumento e diminuição ditados em lei, sendo capazes de extrapolar os limites máximo e mínimo da pena cominada, o cômputo da pena máxima abstrata deverá levá-las em consideração.

Em se tratando de aumento ou diminuição variável (ex: 1/3 a 2/3), deve ser aplicada a **teoria da pior das hipóteses**: para a causa de aumento, considera-se o maior aumento possível (2/3, considerando nosso exemplo); para a causa de diminuição, a menor redução cabível dentre os parâmetros fixados no dispositivo respectivo (de acordo com o exemplo, 1/3).

(v) Concurso de crimes

Em caso de concurso material, concurso formal e de crime continuado, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119, CP), lembrando que, *“em caso de continuidade delitiva, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”* (súmula nº 497, STF).

(B) PPPA: consequências

Do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, decorrem as seguintes consequências:

229. STJ. Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(i) Desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito;

(ii) Eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal);

(iii) O acusado não será responsabilizado pelas custas processuais;

(iv) Terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

(C) PPPA: termo inicial

O **termo inicial** da prescrição da pretensão punitiva em abstrato é disciplinado pelo artigo 111 do Código Penal:

I) Do dia em que o crime se consumou. O CP adotou a teoria do resultado para o começo do prazo prescricional, embora, em seu artigo 4º, considere que o crime é praticado no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o do resultado (teoria da atividade). Assim, o crime ocorre no momento em que se dá a ação ou omissão, mas a prescrição só começa a correr a partir da sua consumação.

II) No caso da tentativa, do dia em que se verificou o último ato configurador da tentativa, isto é, do dia em que cessou a atividade criminosas;

III) No crime permanente, do dia em que cessa a permanência, isto é, a partir do dia em que findou para o agente seu poder de disposição sobre a vítima;

IV) Nos crimes de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, a prescrição começa a correr desde a data em que o crime se tornou conhecido. O Código Penal, ao estabelecer o termo inicial da prescrição para tais casos, fugiu à regra da letra "a" ao art. 111, atendendo ao fato de que esses crimes são de difícil descoberta, pois rodeados de precauções e dissimulações. Se a eles fosse aplicado o disposto na letra "a" do art. 111, prescreveriam com facilidade.

V) Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Código Penal ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. A Lei 12650/12 acrescentou ao artigo 111 novo termo inicial da prescrição, específico para os crimes contra a dignidade sexual praticados contra crianças e adolescentes, não importando se previstos no CP (Tit. VI da parte Especial) ou em legislação extravagante (Código Penal Militar, por exemplo).

Com a novel Lei, enquanto a vítima (criança ou adolescente) não completar dezoito anos, não corre a prazo fatal (prescricional), salvo se até o advento da maioridade for proposta a ação penal (caso em que o prazo se inicia do recebimento da denúncia, art. 117, I, do CP). Se, todavia, ocorrer a morte da vítima, a prescrição começa a correr da morte, não de quando se completariam os dezoito anos.

Tratando-se de norma que amplia o espectro punitivo do Estado, obviamente não alcança os fatos pretéritos, evitando-se a retroatividade maléfica e ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Não se trata de mais um caso de imprescritibilidade (mesmo porque o legislador ordinário não poderia suplantiar as hipóteses de crimes sem prescrição taxativamente previstos na Constituição Federal). Apenas se buscou, com base na Carta Maior (art. 227, § 4º – “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”) a eficiência na punição do agressor, evitando uma proteção deficiente do Estado. O STF, no HC 104.410/RS bem alerta que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

Em resumo:

Crime	Termo inicial da prescrição	Art. 111
Consumado	data da consumação	Inciso I
Tentado	data do último ato executório	Inciso II
Permanente	data em que cessou a permanência	Inciso III
Crime de bigamia, falsificação ou alteração de assentamento de registro civil	data em que o fato se tornou conhecido	Inciso IV
Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial	data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.	Inciso V

Tratando-se de crime habitual, *conta-se o prazo da prescrição da data da prática do último ato delituoso (C. Penal, art. 111, III)*²³⁰.

(D) PPPA: causas suspensivas e interruptivas

Identificados o prazo e o seu termo inicial aplicável ao caso concreto, não se pode ignorar a existência de causas de suspensão ou interrupção da prescrição.

As **causas de suspensão** estão no artigo 116 do Código Penal. Resolvida a causa suspensiva, a prescrição torna a correr, considerando-se o tempo já decorrido.

A **primeira hipótese** de causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 116, I, do Código Penal, que estabelece que a prazo fatal não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. São as chamadas questões prejudiciais, previstas nos artigos 92 a 94 do CPP.

O exemplo clássico é o do réu que, processado por bigamia, questiona no juízo cível a validade do primeiro casamento.

230. STF – Primeira Turma – HC 87987 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Dj. 23/06/2006

Apesar de o presente inciso referir-se apenas à questão prejudicial obrigatória, é entendimento prevalente na doutrina aplicar-se também para a hipótese de questão prejudicial facultativa, desde que o Juiz decida acatá-la.

A **segunda causa suspensiva** da prescrição da pretensão punitiva está prevista no inciso II, dispondo a paralisação da prescrição enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

O rol do artigo 116 não comporta analogia (que seria, necessariamente, *in malam partem*, vedada entre nós). Por outro lado, **não** podemos caracterizá-lo como rol taxativo já que há outras causas suspensivas em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do:

- artigo 53, §§ 3º a 5º, da CF/88, que disciplina a suspensão de processo contra parlamentares;
- artigo 89, § 6º, da lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo e consequente suspensão da prescrição, nos casos que especifica;
- artigo 366 do CPP, que regula a citação por edital no processo penal, devendo ficar suspenso o curso prescricional durante este lapso (entende o STJ, conforme súmula nº 415, que este período de suspensão é regulado pelo máximo da pena cominada);
- artigo 386 do CPP, que regula a suspensão do prazo prescricional em caso de carta rogatória, quando o acusado se encontra no estrangeiro;
- artigo 87, da Lei nº 12.529/2011, que prevê como causa suspensiva o acordo de leniência, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/90 e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 e os tipificados no Código Penal.
- artigo 83, §2º, da lei nº 9.430/96, (redação dada pela Lei nº 12.382/2011), que determina a suspensão da pretensão punitiva estatal em caso de parcelamento dos débitos tributários relativos aos crimes contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90) e contra a previdência social (arts. 168-A e 337-A, CP).

O parágrafo único do artigo 116 disciplina outra causa suspensiva da prescrição, cuja análise será postergada, já que ela se aplica à prescrição da pretensão executória.

As **causas de interrupção** desta espécie de prescrição, por sua vez, constam do artigo 117, incisos I a IV. Segundo o dispositivo, o curso da prescrição interrompe-se:

(i) Pelo recebimento (e não oferecimento) da denúncia ou da queixa

Diverge a jurisprudência se a data interruptiva do prazo prescricional é a do despacho de recebimento da inicial ou da publicação do despacho, em cartório.

O recebimento de aditamento feito à denúncia para simples correção de irregularidades, sem que seja incluído novo crime, não interrompe a prescrição. É o caso do aditamento que não relata fatos novos, mas apenas confere definição jurídica diversa

da que foi inicialmente veiculada na acusação²³¹. E no caso de aditamento que inclui novo delito, a interrupção do prazo prescricional ocorre somente em relação ao novo fato denunciado.

Havendo despacho judicial rejeitando a inicial, e recorrendo a acusação, a interrupção da prescrição se verifica no dia em que há o pronunciamento de reforma da instância superior, recebendo a inicial ofertada (súmula nº 709 do STF).

Anulado o despacho de recebimento da inicial, o novo recebimento será o marca interruptivo²³².

(ii) Pela pronúncia

Entendendo existente a materialidade, bem como indícios suficientes da autoria de um crime doloso contra a vida, tentado ou consumado, deve o juiz submeter a causa à apreciação do Conselho de Sentença (jurados). Tal decisão interrompe a prescrição não apenas do crime doloso contra a vida, como também do conexo, começando a contar o novo prazo prescricional a partir da sua publicação em cartório.

A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que haja desclassificação, pelos jurados (segunda fase do júri) para crime de competência da vara criminal comum. É o que se depreende da súmula nº 191 do STJ:

“A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”.

(iii) Pela decisão confirmatória da pronúncia

Não se conformando com a decisão de pronúncia, pode o réu recorrer para o tribunal. Porém, em caso de ser confirmada a remessa dos autos para julgamento popular, gera interrupção da prescrição, começando a correr novo prazo a partir da data da sessão que confirmou a decisão de primeiro grau.

(iv) Pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis

A publicação da sentença condenatória recorrível também interrompe o prazo prescricional, ainda que total ou parcialmente reformada pelo Tribunal. “Publicação” não deve ser confundida com divulgação na imprensa oficial, sendo compreendida nos termos do artigo 389²³³ do Código de Processo Penal. Desse modo, considera-

231. STF – Segunda Turma – HC 109.635/ES – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Dj. 21/11/2012.

232. STJ: “Quando a autoridade que receber a denúncia for incompetente em razão de prerrogativa de foro do réu, o recebimento da peça acusatória será ato absolutamente nulo e, portanto, não interromperá a prescrição. Precedente citado do STJ: REsp 819.168-PE, Quinta Turma, DJ 5/2/2007. Precedente citado do STF: HC 63.556-RS, Segunda Turma, DJ 9/5/1986” (APn 295/RR, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 12/2/2015).

233. CPP, Art. 389. *A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.*

-se publicada a sentença quando o escrivão procede à juntada desta aos autos – na sentença ou acórdão proferidos na própria audiência ou sessão, a publicação ocorre neste ato²³⁴.

É preciso deixar claro que, diferentemente do que ocorre nos crimes da competência do júri popular, a confirmação da sentença condenatória pelo tribunal não representa nova interrupção da prescrição, ainda que o acórdão altere a pena imposta na decisão monocrática. Tal não se confunde com a hipótese de a condenação surgir em segundo grau, em face de recurso voluntário da acusação, caso em que a prescrição será interrompida.

Sintetizando este entendimento, transcreve-se aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“O acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não interrompe o curso do prazo prescricional”²³⁵.

O tema, todavia, não é pacífico. Parte dos doutrinadores, dentre os quais **PAULO QUEIROZ**, entende que o acórdão interrompe a prescrição, ainda quando confirmatório. Dissertando sobre a divergência doutrinária, explica **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

“Quanto ao acórdão que agrava a pena, como causa interruptiva da prescrição, sempre houve três posições: a) serve para interromper a prescrição, uma vez que traz novo patamar para a pena em concreto; b) não serve para interromper a prescrição, tendo em vista não estar expressamente inserido no art. 117. É a melhor posição, a despeito de a primeira buscar sanar uma lacuna que já deveria ter sido corrigida e ser majoritária na jurisprudência; c) somente serve para interromper a prescrição se for “não unânime”, portanto, sujeito a embargos infringentes. Esse ponto de divergência, em nosso entendimento, permanece, pois o acórdão que *confirma* a condenação, apenas elevando a pena, não é propriamente a decisão *condenatória*. Logo, não se pode interpretar o conteúdo do art. 117, IV, do Código Penal, em prejuízo do réu. Aliás, fosse para abranger qualquer acórdão, bastaria a inserção, como causa interruptiva da prescrição, do “acórdão”, sem menção à sua essência (*condenatória recorível*, como foi feito)”²³⁶.

Os incisos V e VI do art. 117 serão estudados oportunamente, já que dizem respeito à prescrição da pretensão executória.

234. STJ: “Para efeito de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional a que se refere o art. 117, IV, do CP, considera-se como publicado o “acórdão condenatório recorível” na data da sessão pública de julgamento, e não na data de sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênere” (HC 233.594, Sexta Turma, Rel. Min. Alderito Ramos de Oliveira, j. 16/04/2013). Este é também o entendimento do STF: “A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão” (RHC 125.078, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2015).

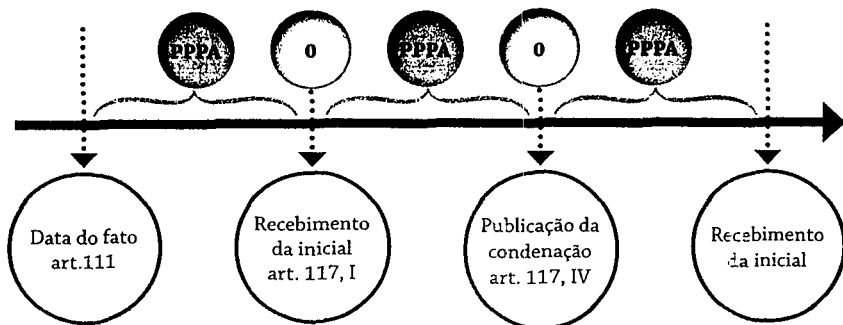
235. STJ – Sexta Turma – AgRg no REsp 901.292 – Rel. Min. Assusete Magalhães – DJe 01/03/2013.

236. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 606-7.

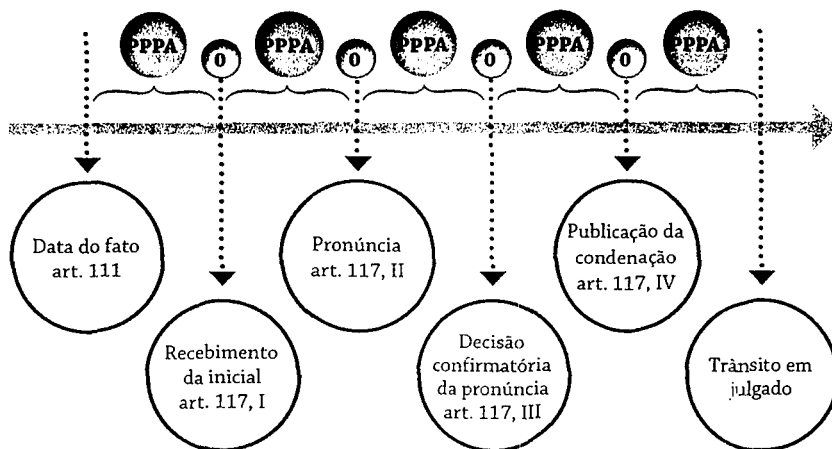
(E) PPPA: causas interruptivas e as “balizas prescricionais”

Com base o artigo 117 do Código Penal, em análise combinada com os termos iniciais da prescrição (artigo 111 do Código Penal), é possível estabelecer as “balizas prescricionais”:

- *Delito processado conforme o rito diverso do júri*



- *Delito processado conforme o rito do júri*



Nas hipóteses até aqui apresentadas, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles²³⁷. O mesmo não

237. Julgando um caso de crimes conexos em que, na sentença, houve a absolvição por um deles, o STJ decidiu que a interrupção derivada da condenação se estende a todos e, afastada a absolvição em grau recursal, o acórdão condenatório também tem, em reverso, o efeito de interromper a prescrição sobre o conjunto dos crimes: “No caso de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo, havendo sentença condenatória para um dos crimes e acórdão condenatório para o outro delito, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva de ambos é interrompida a cada provimento jurisdicional (art. 117, § 1º, do CP). De antemão, salienta-se que o art. 117, IV, do CP enuncia que:

ocorre em relação às causas interruptivas da pretensão executória (artigo 117, § 1º, do Código Penal).

(F) PPPA: exemplo

Suponhamos que MARIA abandonou recém-nascido, para ocultar desonra própria (art. 134 do CP, punido com 6 meses a 2 anos).

Quanto tempo tem o Estado para investigar o fato e formalizar, por meio da ação penal, uma acusação em face de MARIA?

Tratando-se de PPPA, o tempo que perdura o interesse de punir (art. 109 do CP) depende da pena máxima prevista para o crime. No caso, o art. 134 do CP, na sua forma simples, tem pena máxima de 2 anos que, combinada com o art. 109 do CP, gera um prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, do CP). Logo, o Estado tem 4 anos para receber a denúncia.

Quanto tempo tem o Estado para processar e julgar MARIA?

Recebida a inicial acusadora, interrompe-se a prescrição (art. 117, I, do CP). O Estado volta a ter 4 anos para encerrar o processo com a publicação da condenação da ré.

O Juiz fixa a pena de 6 meses. O Ministério Público não se conforma e recorre.

Quanto tempo tem o Estado para julgar (e dar provimento) o recurso?

Com a publicação da sentença condenatória, interrompe-se, novamente, a prescrição (art. 117, IV, do CP). Como a pena não transitou para a acusação (que recorre buscando seu aumento), continua servindo como norte a pena máxima em abstrato (2 anos), tendo o Estado, portanto, mais 4 anos para julgar o processo em grau de recurso.

Ocorrendo a prescrição em qualquer das balizas, desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); a acusada não será responsabilizada pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

“O curso da prescrição interrompe-se: IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”. Nesse contexto, é importante ressaltar que, se a sentença é condenatória, o acórdão só poderá ser confirmatório ou absolutório, assim como só haverá acórdão condenatório no caso de prévia sentença absolutória. Na hipótese, contudo, os crimes são conexos, o que viabilizou a ocorrência, no mesmo processo, tanto de uma sentença condenatória quanto de um acórdão condenatório. Isso porque a sentença condenou por um crime e absolveu por outro, e o acórdão reformou a absolvição. Ressaltado isso, enfatiza-se que a prescrição não é contada separadamente nos casos de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo. Ademais, para efeito de prescrição, o art. 117, § 1º, do CP dispõe que: “[...] Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles”. Portanto, observa-se que, a despeito de a sentença ter sido em parte condenatória e em parte absolutória, ela interrompeu o prazo prescricional de ambos os crimes julgados. Outrossim, o acórdão, em que pese ter confirmado a condenação perpetrada pelo Juiz singular, também condenou o agente - que, até então, tinha sido absolvido - pelo outro crime, de sorte que interrompeu, novamente, a prescrição de ambos os delitos conexos. Precedente citado do STF: HC 71.983-SP, Segunda Turma, DJ 31/5/1996” (RHC 40.177/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1º/9/2015).

2.6.4.1.2. Prescrição da pretensão punitiva superveniente ou intercorrente (PPPS ou PPPI)

Antes da sentença **recorrível**, não se sabe qual o *quantum* ou tipo de pena a ser fixada pelo Magistrado, razão pela qual o lapso prescricional regula-se pela pena máxima prevista em lei, atendendo à já referida “teoria da pior das hipóteses”.

Contudo, fixada a reprimenda, ainda que provisoriamente, transitando esta em julgado para a acusação (ou sendo o seu recurso improvido), não mais existe razão para se levar em conta a pena máxima, já que, mesmo diante do recurso da defesa, é proibida a *reformatio in pejus*. Surge, então, um novo norte, qual seja, a **pena recorrível efetivamente aplicada**. Portanto, a pena concreta, aplicada na sentença, é o parâmetro para o cálculo da prescrição superveniente. Nesse sentido, entende o STF (súmula nº 146):

“A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Esta espécie de prescrição encontra previsão no artigo 110, §1º, 1ª parte, do Código Penal: *“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, [...]”*.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente possui as seguintes características:

- (i) pressupõe **sentença ou acórdão penal condenatórios**;
- (ii) pressupõe **transito em julgado para a acusação** no que se relaciona com a pena aplicada;
- (iii) tem como norte a **pena concretizada na sentença**.
- (iv) os **prazos** prescicionais são os mesmos do **art. 109** do CP;
- (v) o **termo inicial** conta-se da **publicação** da sentença ou acórdão penal condenatórios até a data do trânsito em julgado final;

Sendo espécie da prescrição da pretensão punitiva, a prescrição superveniente tem os mesmos efeitos da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

Discute-se se esta espécie de prescrição pode ser reconhecida ainda em primeiro grau, entendendo a maioria que sim, desde que a pena fixada tenha transitado em julgado para a acusação. Há entendimento minoritário, todavia, de que o juiz sentenciante já teria esgotado sua jurisdição, sendo-lhe vedado conhecer da matéria, ainda que de ordem pública.

Por fim, parte da doutrina admite que o recurso da acusação pode modificar a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, caso seja ele provido e resulte em aumento de pena.

(A) PPPS: exemplo

Suponhamos que JOÃO furtou uma bicicleta estacionada na rua (art. 155, *caput*, do CP, punido com reclusão de 1 a 4 anos). Depois de investigado e processado, foi condenado a 1 ano.

Somente a defesa recorre, tendo a pena transitado em julgado para o Ministério Público.

Quanto tempo tem o Estado para julgar o recurso?

Com a publicação da sentença condenatória, interrompe-se a prescrição (art. 117, IV, do CP). Sabendo que a pena transitou em julgado para o MP, fala-se em PPPS. Levando em conta a pena em concreto – 1 ano – (e não mais a sanção máxima em abstrato), o Estado tem, a partir da publicação da sentença condenatória, 4 anos (art. 109, V, do CP) para julgar o processo em grau de recurso.

Ocorrendo a prescrição em qualquer das balizas, desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); o acusado não será responsabilizado pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

Se o Ministério Público, no caso, tivesse recorrido contra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conformando-se com o quantum da reprimenda, evitaria a PPPS?

A doutrina moderna ensina que eventual recurso da acusação só evita a prescrição superveniente se, buscando o aumento da pena, for provido e a pena aumentada pelo Tribunal alterar o prazo prescricional²³⁸.

2.6.4.1.3. Prescrição da pretensão punitiva retroativa (PPPR)

Tal qual a prescrição intercorrente ou superveniente, a prescrição retroativa tem por base a pena concreta. Apesar de reconhecida após o trânsito em julgado para a acusação²³⁹, a prescrição retroativa tem por termo data anterior à da publicação da sentença, do que advém o adjetivo “retroativa”.

Com efeito, a peculiaridade da prescrição da pretensão punitiva retroativa é que se deve contar o prazo prescricional retroativamente, ou seja, da data do recebimento da denúncia ou da queixa até a publicação da sentença condenatória.

Esta espécie de prescrição teve seus contornos substancialmente alterados em decorrência da lei nº 12.234/2010, que modificou a redação do Código Penal, revogando o artigo 110, §2º e tratando do tema no §1º do mesmo dispositivo. Assim, se antes a prescrição retroativa podia ter como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, agora esta possibilidade não mais existe.

238. Existe corrente em sentido contrário, lecionando que basta o provimento do recurso da acusação para impedir o reconhecimento da modalidade prescricional em análise.

239. Também é essa espécie aplica-se a súmula nº 146 do STF, segundo a qual “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Antes da Lei 12.234/2010	Depois da Lei 12.234/2010
Art.110, § 2º, CP: “A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.	Art. 110, § 1º, CP: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.
A prescrição retroativa aqui poderia abranger período anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.	Hoje só se admite PPPR entre o recebimento e a condenação
A mudança legislativa é prejudicial ao réu, de modo que não se aplica retroativamente. Fatos praticados antes desta lei permanecem com a possibilidade de aplicação da prescrição retroativa com termo inicial anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.	

Anote-se que, por ser mais uma forma de prescrição da pretensão punitiva, os seus efeitos são também os mesmos da superveniente (e da abstrata).

(A) PPPR: exemplo

Suponhamos que JOÃO, mediante fraude, recebeu vantagem indevida em prejuízo alheio (art. 171, *caput*, do CP, punido com reclusão de 1 a 5 anos).

Depois de 6 anos respondendo ao processo penal, JOÃO foi condenado ao cumprimento de 1 ano de reclusão.

O Ministério Público não recorre da decisão.

Sabendo que a pena imposta na sentença passou a ser também a pena máxima para o caso, eis o novo norte do prazo prescricional. Combinando a pena de 1 ano na tabela do art. 109 do CP chega-se a um prazo de 4 anos. A defesa, voltando no tempo, perceberá que do recebimento da inicial até a condenação transcorreu prazo superior a 4 anos, acarretando no reconhecimento da PPPR, desaparecendo para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal); o acusado não será responsabilizado pelas custas processuais; terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado.

Se o Ministério Público, no caso, tivesse recorrido contra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conformando-se com o quantum da reprimenda, evitaria a PPPR?

Como já estudamos na PPPS, eventual recurso da acusação só evita a prescrição retroativa se, buscando o aumento da pena, for provido e a pena aumentada pelo Tribunal alterar o prazo prescricional²⁴⁰.

240. Existe corrente em sentido contrário, lecionando que basta o provimento do recurso da acusação para impedir o reconhecimento da modalidade prescricional em análise.

2.6.4.1.4 Prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, virtual, antecipada ou por prognose (PPPV)

A última hipótese de prescrição da pretensão punitiva é comumente denominada de “prescrição virtual”.

Trata-se de criação jurisprudencial, sem amparo legal, que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa.

O seu fundamento reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições do próprio réu, será fixada em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa.

Antevendo a (certa) PPPR, sustenta-se ser possível a sua antecipação, declarando-a mesmo antes do final do processo.

(A) PPPV: exemplo

JOÃO, réu primário e portador de bons antecedentes, é denunciado pelo crime de furto simples, cuja pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A instrução processual já suplantou 4 anos. Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva em abstrato (PPPA = 8 anos), mas, certamente ocorrerá a retroativa (PPPR = 4 anos). É que o réu, primário e de bons antecedentes, não sofrerá pena acima do mínimo (ou, mesmo que cima do mínimo, não ultrapassará 2 anos).

Com base nesse raciocínio, é possível reconhecer a PPPR em perspectiva ou de forma antecipada, sem que se aguarde, de fato, a prolação da sentença condenatória.

☒ Qual o interesse do Estado continuar agindo se, ao final, já antevê a extinção do seu direito de punir?

Muito embora o esforço doutrinário, os tribunais superiores não têm reconhecido essa espécie de prescrição²⁴¹, tendo o STJ, inclusive, firmado seu posicionamento através da súmula nº 438:

241. STF: “Não se admite a denominada prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto. Com base nessa orientação, a Primeira Turma negou provimento a agravo regimental em que se impugnava decisão monocrática que determinara o prosseguimento de inquérito, ouvindo-se o Ministério Público Federal quanto a possíveis diligências. Na espécie, em face da diplomação de um dos investigados no cargo de deputado federal, os autos foram remetidos ao STF. A Turma destacou que, por ocasião do julgamento do presente recurso, o agravante não mais deteria prerrogativa de foro, porém, competiria ao STF processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte. Apontou a inadequação da decisão do juízo de origem que teria prejulgado ação penal que sequer fora proposta, ao aventar uma possível penalidade e, a partir da pena hipotética, pronunciar a prescrição da pretensão punitiva. Afastada a prescrição e o arquivamento dos autos, a Turma determinou a remessa do inquérito ao juiz da vara criminal competente” (Inq 3574 AgR/MT, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 16/06/2015).

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

2.6.4.1.5 PPPA, PPS e PPPR: resumo

Em resumo, com base nas três espécies de prescrição da pretensão punitiva já analisadas, podemos apresentar o seguinte quadro:

Hipóteses	Comentários
Da data do fato (art. 111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I);	Nesta baliza admite-se somente a prescrição da pretensão punitiva em abstrato (com o advento da Lei nº 12.234/10, não se aplica mais a prescrição retroativa com base nesses termos).
Da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da sentença condenatória (art. 117, IV) ou acórdão condenatório (Lei nº 11.596/07).	É possível tanto a prescrição em abstrato quanto a prescrição retroativa.
Da data do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da pronúncia (art. 117, II);	Só ocorre no rito do júri. É possível tanto a prescrição em abstrato quanto a prescrição retroativa.
Havendo recurso da pronúncia, da data de sua publicação até a publicação do acórdão confirmatório dela (art. 117, III);	
Da data da publicação da pronúncia (ou do acórdão confirmatório dela) até a publicação da sentença condenatória (art. 117, IV).	
Da publicação da sentença condenatória recorível até o trânsito em julgado definitivo	Trata-se de hipótese de prescrição em abstrato, salvo se a pena imposta na sentença transitou para o MP, caso em que teremos somente a prescrição superveniente.

2.6.4.2. Prescrição da pretensão executória (PPE)

A segunda espécie de prescrição é a da pretensão executória, prevista no artigo 110, *caput*, do Código Penal.

Trata-se de prescrição de pena “*in concreto*” (pena efetivamente imposta), que tem como **pressuposto** sentença condenatória com **trânsito em julgado para ambas as partes** (decisão definitiva, irrecorrível) e que se verifica dentro dos prazos estabelecidos pelo artigo 109 do Código Penal, os quais são aumentados de 1/3, se o condenado é reincidente.

Como já advertido, havendo concurso de delitos (concurso material, formal ou continuidade delitiva), a prescrição incidirá sobre cada crime isoladamente, (art. 119, CP), com a ressalva de que, na hipótese de continuidade delitiva, desconsidera-se o aumento decorrente da continuação (súmula nº 497, STF).

2.6.4.2.1. PPE: consequências

Recorrida esta espécie de prescrição, extingue-se a pena aplicada, sem, contudo, rescindir a sentença condenatória (que produz efeitos penais e extrapenais, a exemplo da reincidência).

Prescrição da pretensão punitiva	Prescrição da pretensão executória
Ocorre antes do trânsito para as duas partes, evitando coisa julgada	Pressupõe condenação transitada para as duas partes (coisa julgada)
Rescinde eventual condenação	A sentença condenatória não é rescindida
Impede qualquer efeito da condenação (penal ou extrapenal)	Extingue a pena aplicada, preservando os demais efeitos da condenação (penais e extrapenais)

2.6.4.2.2. PPE: termo inicial

Dispõe o artigo 112 do Código Penal sobre o **termo inicial** da PPE:

(A) Do dia em que **transita em julgado**²⁴² a **sentença condenatória** para a **acusação**

De forma surpreendente, a 5ª do STJ ignorou a redação do art. 112, I, decidindo que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal²⁴³.

Com o devido respeito, a tese, de *lege lata*, não pode prevalecer. O raciocínio exposto na combatida decisão não deixa de ser lógico, faltando, “apenas”, amparo legal. Enquanto o dispositivo não for modificado (amparando a tese exposta na decisão), o termo inicial deve respeitar o direito posto, decorrência lógica do princípio da legalidade.

242. Decidiu o STF que o recurso extraordinário inadmissível, isto é, que teve o seguimento negado na origem, não obsta a formação da coisa julgada: “Ademais, não procede a alegada ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em vista que o recurso extraordinário manifestamente inadmissível não obsta a formação da coisa julgada. Nessa linha, confira-se o HC 86.125, julgado sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, assim ementado: ‘HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido” (ARE 862617/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barro, DJe 14/09/2015).

243. STJ. HC 137924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 02/08/2010.

(B) Do dia em que foi revogado o *sursis* ou o livramento condicional.

A suspensão condicional da pena (art. 77, CP) e o livramento condicional (art. 83, CP) são incidentes da execução penal e, durante esses incidentes, não corre a prescrição. Porém, revogado um desses benefícios, conforme o estabelecido no artigo 112, inciso I, 2ª parte, do Código Penal, a prescrição começa a correr da data em que passa em julgado a sentença revocatória.

(C) Do dia em que o preso evadiu-se do cárcere.

No caso de o preso evadir-se, a prescrição da pretensão executória conta-se do dia em que se interrompe o cumprimento da pena (leia-se: da fuga).

Anuncia o artigo 113 do Código Penal que a prescrição da pretensão executória, nesse caso, regular-se-á com base no *quantum* restante da pena, nos casos de revogação do livramento condicional²⁴⁴ ou evasão do condenado.

O STJ tem admitido, excepcionalmente, o recurso da analogia para aplicar o dispositivo às hipóteses em que o condenado à pena restritiva de direito abandona o cumprimento desta²⁴⁵.

Por outro lado, os tribunais superiores têm vedado, quando da interpretação do artigo 113, a sua ampliação para permitir o cômputo do tempo de prisão provisória (detração) no cálculo do prazo prescricional. Nesse sentido, entende o STF:

“A prescrição regulada pela pena residual (CP, art. 113) não admite o cômputo do tempo de prisão provisória e só abrange as hipóteses de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional. O prazo de prescrição da pretensão executória é o previsto no art. 110, caput, do Código Penal, ou seja, calcula-se com base na pena aplicada. A detração (CP, art. 42) é feita quando do cumprimento da pena.”²⁴⁶

Tal qual a prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória pode ser suspensa (art. 116, parágrafo único, CP) e interrompida (art. 117, incisos V e VI, CP).

Dispõe o art. 116, parágrafo único: “*Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo*”.

244. Em caso de revogação do livramento, deve-se recorrer ao art. 88 do CP para calcular o tempo restante da pena.

245. STJ – Sexta Turma – HC 225.878 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 25/04/2012; STJ – Sexta Turma – HC 101.255 Rel. Min. Haroldo Rodrigues (des. Convocado TJ/CE) – DJe 07/12/2000. Em sentido contrário: STJ – Quinta Turma – HC 93.226 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 13/10/2009.

246. STF – Segunda Turma – RHC 84177 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 20/08/2004 (no mesmo sentido, STF – Segunda Turma – HC 96287 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 22/05/2009). No STJ, confira-se: “O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado.” (STJ – Quinta Turma – HC 193.415 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 28/04/2011. Cf., idem em STJ, HC 57.926).

É *conditio sine qua non* ao cômputo prescricional que o condenado esteja preso para o cumprimento da sentença já transitada em julgada, não podendo sua prisão decorrer de outros processos ou incidentes, caso em que a prescrição não correrá.

Noutra quadra, as **causas de interrupção** da prescrição da pretensão executória são (A) o início ou continuação do cumprimento da pena e (B) a reincidência.

Não se deve confundir a reincidência anterior, que provoca aumento do prazo prescricional (art. 110, *caput*, CP), com a reincidência **posterior à condenação**, que é causa interruptiva da prescrição da **pretensão executória**.

2.6.4.2.3. PPE: exemplo

JOÃO foi condenado ao cumprimento da pena de 1 ano e 6 meses de reclusão porque praticou furto simples (art. 155 do CP).

Reconhecido reincidente na sentença, o Ministério Público não recorreu. A defesa também se mostra conformada, transitando em julgado a pena para as duas partes.

O prazo da PPE, contado do trânsito para a acusação (e não para as duas partes), será aumentado de 1/3 (art. 109, V = 4 anos + 1/3).

Suponhamos que JOÃO era primário, mas após a condenação definitiva pratica novo crime. Será, agora, considerado reincidente (art. 63 do CP), interrompendo-se a prescrição (art. 117, VI), isto é, todo o prazo da PPE começa a correr novamente, do dia da interrupção, sem o aumento de 1/3 (nesse caso, não existe decisão declarando sua reincidência).

Se JOÃO cumpriu dois meses da pena (de um total de 1 ano), mas foge. Da fuga começa novo prazo da PPE, porém levando em conta o restante da pena a cumprir (= 10 meses) que, na tabela do art. 109 do CP, resulta num prazo de PPE de 3 anos (inc. VI).

Em resumo:

Prescrição	Termo inicial	Interrupção	Suspensão
Pretensão punitiva: a) PPPA; b) PPPS; c) PPPR.	a) Dia em que o crime se consumou; b) Tentativa: dia em que cessou a atividade criminosa; c) Crimes permanentes e habituais: quando cessa a permanência ou hab.; d) Bigamia e falsificação /alteração de assentamento no registro civil: data do conhecimento do fato. e) nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.	a) Recebimento da denúncia ou queixa; b) Pronúncia; c) Confirmação da pronúncia; d) Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recoráveis .	a) Enquanto não resolvida questão prejudicial (obrigatória ou facultativa); b) Enquanto o agente cumprir pena no estrangeiro .

Pretensão	Prescritiva	Interrupção	Extintiva
Pretensão executória: PPE	a) Trânsito em julgado de sentença condenatória para acusação; b) Trânsito em julgado da sentença que revoga suspensão condicional (total da pena) da pena ou livramento condicional (resto da pena); c) Interrupção da execução.	a) Início ou continuação do cumprimento da pena; b) Reincidência.	a) Enquanto o condenado está preso por outro motivo .

2.6.5. Prescrição e atos infracionais

A prescrição também atinge atos infracionais, prescrevendo estes no mesmo prazo do crime correspondente. É o que dispõe a súmula nº 338 do STJ: “*A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas*”.

2.6.6. A prescrição da pena de multa

Segundo disposição do artigo 114 do Código Penal, a prescrição da pena de multa ocorrerá: **(A)** em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada e **(B)** no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Extraímos do artigo cinco hipóteses de prescrição no caso de multa, sendo três da pretensão punitiva e duas da pretensão executória.

Vejamos.

São hipóteses de prescrição da pretensão punitiva da multa:

Hipótese	Prescrição	Fundamento
Pena pecuniária é a única cominada	Opera-se em dois anos, contados nos termos do art. 111 do CP	Art. 114, I, CP
Pena de multa cominada cumulativamente com pena privativa de liberdade*	Prescreve junto com a pena mais grave	Art. 118, CP
Pena de multa cominada alternativamente com pena de prisão	Prescreve junto com a pena de prisão	Art. 118, CP

*. Ainda que a pena privativa de liberdade seja convertida em restritiva de direitos, não é possível aplicar o artigo 114, I, CP. Neste sentido: “A pena restritiva de direitos é de natureza jurídica distinta da pena de multa. Inaplicabilidade, portanto, do inciso I do art. 114 do CP. Disposição legal que estabelece, de modo particularizado, o prazo prescricional de 2 (dois) anos para a pena de multa, quando essa multa ‘for a única cominada ou aplicada’, o que não é a hipótese dos autos”. (STF – Primeira Turma – HC 101669 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJe 30/11/2010)

São hipóteses de prescrição da pretensão executória da multa:

Pena de multa aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade	Prescreve jurto com a pena privativa de liberdade, mais grave	Art. 118, CP
Pena de multa é a única aplicada na sentença	Prescreve em dois anos, contados da data do trânsito em julgado para a acusação	Art. 114, CP

Em relação ao prazo prescricional, entende a maioria da doutrina que, mesmo com o advento da Lei 9.268/96, este continua sendo o do CP (art. 114), aplicando-se a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) apenas quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (art. 51 do CP) ²⁴⁷.

2.6.7. A redução dos prazos prescricionais

Os prazos prescricionais podem ser reduzidos de metade nas hipóteses mencionadas no artigo 115 do Código Penal. A **prescrição reduzida** pode ocorrer caso o criminoso seja, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

De fundo nitidamente humanitário, baseia-se o dispositivo na possibilidade de modificação da personalidade do agente que, no caso do menor de 21 (vinte e um) anos, ainda não atingiu a maturidade mental (e talvez por isso tenha delinquido), e, no caso do maior de 70 (setenta) anos, se aproxima da caducidade.

Ambos os benefícios permanecem vigentes, sem alteração, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 (que alterou a maioridade civil para 18 anos) e do Estatuto do Idoso (assim considerando todo aquele com idade igual ou superior a 60 anos). Seria necessária revogação expressa dos dispositivos penais, já que qualquer interpretação que contrarie a norma configuraria afronta à vedação da analogia maléfica ²⁴⁸.

O artigo 115 se aplica a todos os prazos prescricionais, inclusive aqueles previstos na legislação especial e incide sobre todas as modalidades de prescrição (punitiva e executória).

247. Sendo aplicáveis as normas relativas às dívidas da Fazenda Pública, o juiz suspenderá o curso da execução da multa, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição (art. 40 da Lei 6.830/80). O despacho citatório do juiz na execução fiscal é causa de interrupção da prescrição da pena de multa (art. 174, I, CTN).

248. Ademais, o Código Civil foi claro ao prescrever que a sua entrada em vigor não revogariam as disposições penais: *Código Civil*, Art. 2.043. *Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.*

Prevalecendo-se o agente das mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução (art. 71 do CP), praticando vários crimes da mesma espécie, sendo alguns antes dos vinte e um anos do criminoso e outros depois, a redução só incidirá nos crimes cometidos antes da maioridade (art. 119 do CP). Já no caso de crime permanente, iniciado na menoridade e terminado na maioridade, não se reduz o prazo prescricional.

Por fim, anote-se que a comprovação da menoridade do agente requer documento hábil, como assevera o STJ, em sua súmula nº 74.

2.7. Renúncia ao direito de agir

Por renúncia entende-se o **ato unilateral do ofendido** (ou de seu representante legal), abdicando do direito de promover a ação penal privada, extinguindo-se, por conseguinte, o direito de punir do Estado (art. 107, V, primeira parte, do CP).

Embora a renúncia seja instituto tradicionalmente afeto à ação penal privada, é possível sua aplicação, excepcionalmente, na ação pública condicionada à representação, desde que o crime respectivo seja de menor potencial ofensivo. É que nesses casos, há disciplina própria, na Lei nº 9.099/95, estabelecendo que o acordo homologado entre o agente e o ofendido (composição civil dos danos) acarreta a renúncia do direito de queixa e de representação²⁴⁹.

A renúncia é sempre **pré-processual**²⁵⁰, ocorrendo antes do oferecimento da denúncia ou queixa, podendo ser expressa ou tácita. A **renúncia expressa** constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 CPP); a **renúncia tácita** se caracteriza pela prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa. Alerta a lei não implicar em renúncia tácita o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo único, CP), salvo, como vimos, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo (art. 74, parágrafo único da Lei nº 9.099/95).

Renunciado expressa ou tacitamente, o direito de queixa não pode ser exercido (artigo 104 do Código Penal).

249. Lei nº 9.099/95. Art. 74. *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

250. Foi o que reiterou o STJ no informativo nº 443: *“A renúncia a que alude o art. 104 do CP diz respeito ao direito de queixa, não influenciando no prosseguimento da ação penal já promovida. Então, oferecida a queixa-crime, não é mais cabível a renúncia porque não há mais nada a renunciar. A pretensão do querelante de obstar o prosseguimento da ação penal pode ser acolhida pelo perdão do ofendido (arts. 105 e 106 do CP), a depender, contudo, da aceitação do querelado. Na hipótese, apesar de indeferido o pedido de renúncia, não há qualquer elemento nos autos que corrobore o dolo específico do querelado de macular a reputação do querelante ao decidir exceção de suspeição, daí se rejeitar a queixa-crime. APn 600-MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 18/8/2010.”.*

Com fundamento no **princípio da indivisibilidade** da ação penal privada, havendo concurso de agentes, a renúncia ao direito de queixa em relação a um dos autores do crime, a todos estenderá, importando em abdicação tácita (art. 49 do CPP).

Já na hipótese de duas vítimas, a renúncia de uma não prejudica a outra, possuindo, cada qual, direitos autônomos.

No caso de morte da vítima, a renúncia do direito de queixa por parte de um dos seus sucessores (art. 31 do CPP) não impede a propositura da ação penal pelos demais, respeitado o prazo legal.

2.8. Perdão (aceito) do ofendido

Esta hipótese de extinção da punibilidade, tal qual a renúncia do direito de queixa, está prevista no artigo 107, V, segunda parte, do Código Penal, e tem por fundamento o **princípio da disponibilidade**, próprio da ação penal privada.

Conforme o artigo 105, do Código Penal: “*O perdão do ofendido, nos crimes em que se procede mediante queixa, obsta o prosseguimento da ação*”. Trata-se, portanto, de ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento de processo já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime.

Percebe-se **cabível somente na ação penal de iniciativa privada**, podendo ser (A) processual (concedido no bojo dos autos) ou extraprocessual (em cartório, por exemplo), (B) expresso ou tácito (tácito é o perdão que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação – art. 106, §1º, CP).

Diferentemente da renúncia, trata-se de ato **bilateral**, não produzindo efeitos se o querelado o recusa (art. 106, III, CP). Imprescindível, portanto, que o perdão seja aceito, expressa ou tacitamente. O silêncio do querelado (suposto autor do fato) implica em aceitação (e não recusa). Logo:

Perdão	Aceitação	Recusa
Processual (no bojo dos autos)	Processual (no bojo dos autos)	Processual (no bojo dos autos)
Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo).	Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo).	Extraprocessual (fora dos autos, numa entrevista de jornal, por exemplo).
CUIDADO: pressupõe processo em curso	CUIDADO: pressupõe processo em curso	CUIDADO: pressupõe processo em curso
Expresso	Expressa	Expresso
Tácito	Tácita	NÃO EXISTE A FORMA TÁCITA, pois o silêncio implica e aceitação.

Não obstante, não pode o querelado impor condições à aceitação; de igual modo, a vítima não pode impor exigências para que perdoe. Em outras palavras, tanto o perdão

quanto a aceitação são atos **incondicionais**: perdoa-se sem exigências e se aceita sem condições.

O perdão pode ser oferecido depois do início da ação até o trânsito em julgado final. Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória (art. 106, § 2º, do CP), pois nesse momento entra-se na fase de execução, não se tolerando mais nenhuma intervenção do ofendido, ainda que a ação seja exclusivamente privada. A vedação, aliás, faz recordar que a ação privada nada mais é do que a concessão do direito de “perseguir” o crime, não tendo sido alienado ao particular, em momento algum, o direito de punir.

Por aplicação do **princípio da indivisibilidade da ação penal privada**, o artigo 106 estabelece que o perdão concedido a um estende-se a todos e, caso seja concedido por um dos ofendidos, não prejudica os demais (direitos autônomos).

Em síntese, não se pode confundir renúncia com perdão do ofendido:

Renúncia (art. 107, V, primeira parte)	Perdão do ofendido (art. 107, V, segunda parte)
Decorrente do princípio da oportunidade	Decorrente do princípio da disponibilidade
Ato unilateral	Ato bilateral
Cabível, em regra, em ação penal privada (exceção – art. 74 da lei nº 9.099/95, abrangendo a ação penal pública condicionada)	Cabível apenas na ação penal privada.
Obsta a formação do processo penal	Pressupõe processo penal em curso

2.9 Retratação do agressor

Retratar-se não significa, simplesmente, negar ou confessar o fato. É mais: é retirar totalmente o que disse. Dispensando a concordância do ofendido, ocorrendo a retratação do agente, não impede a vítima de reivindicar a competente indenização nos termos da legislação civil (e demais dispositivos aplicáveis à espécie).

A retratação do agressor como causa de extinção do direito de punir do Estado só é admitida nos casos expressamente previstos em lei, a saber:

(A) **calúnia e difamação** (art. 143 do CP – “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”).

(B) **falso testemunho e falsa perícia** (art. 342, § 2º, do CP – “O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”).

Note que, diferentemente dos crimes de falso testemunho e falsa perícia (*onde o fato deixa de ser punível*), nos crimes contra a honra a retratação tem caráter subjetivo (*o querelado fica isento de pena*), não se estendendo aos demais concorrentes do crime que não se retratarem.

Por fim, para gerar a extinção da punibilidade, a retratação deve ocorrer até o prazo fixado em lei, qual seja:

Calúnia e difamação	Falso testemunho e falsa perícia
antes da sentença de 1º grau que julga o crime contra a honra	antes da sentença de 1º grau que encerra o processo em que ocorreu o falso testemunho ou a falsa perícia

2.10 Perdão judicial

Perdão judicial (art. 107, X, CP) é o instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática de um fato típico e antijurídico por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível, levando em consideração determinadas circunstâncias que concorrem para o evento. Em casos tais, o Estado perde o interesse de punir.

Constitui causa extintiva de punibilidade que, diferente do perdão do ofendido, **não** precisa ser aceito para gerar efeitos.

Perdão Aceito	Perdão Judicial
Concedido pela vítima (ou seu representante legal)	Concedido pelo juiz
Para extinguir a punibilidade, precisa ser aceito (ato bilateral)	Dispensa ser aceito para extinguir a punibilidade (ato unilateral)
Cabível somente em crimes perseguidos mediante ação penal de iniciativa privada	Cabível nas hipóteses expressamente previstas em lei, não importando a espécie de ação penal do crime

Uma vez presentes as circunstâncias previstas em lei, o réu passa a reunir direito público subjetivo de não lhe ser imposta qualquer sanção penal.

Diverge a doutrina sobre a natureza da sentença concessiva do perdão, lecionando alguns ser condenatória (o juiz deve primeiro declarar a procedência da ação para depois perdoar, livrando o réu de alguns efeitos, entre os quais a inclusão do seu nome no rol dos culpados, reincidência e aplicação de medidas de segurança) e outros, ser ela declaratória de extinção de punibilidade. A respeito, já ensinava **ANÍBAL BRUNO** que:

“O Estado, pelo órgão da Justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas, pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta. E a declarar isso é que se limita a sentença, que não é, assim, nem condenatória, nem absolutória, o que demonstra a natureza toda especial dessa providência”²⁵¹.

251. Ob. cit. v. 1, t. III, p. 164

Hoje a discussão está resolvida, sumulando o STJ:

*“Súmula 18. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.*²⁵²

A divergência exposta não tem interesse meramente acadêmico. Vejamos.

Para aqueles que ensinam ser condenatória a natureza da sentença concessiva do perdão, afasta-se apenas o efeito principal da condenação, remanescendo os demais (reparação do dano, interrupção da prescrição etc.). Já para os adeptos da segunda corrente, além de não poder servir como título executivo judicial, perde a força interruptiva da prescrição.

Independentemente da posição que se adote, pensamos que o perdão judicial jamais pode ser reconhecido em fase policial, como fundamento para arquivar peça investigativa. Como dissemos, a clemência judicial significa dizer que o juiz, analisando o caso concreto, reconhece certa a prática de um fato típico e antijurídico por um agente imputável, com potencial consciência da ilicitude, sendo dele exigível conduta diversa (em suma, é confirmação de culpa!). Logo, imprescindível se mostra o devido processo legal, permitindo-se ao imputado o sagrado direito de ampla defesa, inexistente na fase extrajudicial.

São exemplos de perdão judicial os artigos 121, §5º; 129, §8º; 140, §1º, I e II; 176, parágrafo único; 242, parágrafo único; 249, §2º, todos do Código Penal.

A Lei de Contravenções Penais tem disposição expressa no sentido de que *“No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”* (art. 8º, LCP). Trata-se de hipótese específica de perdão judicial diante da ignorância da lei – em regra inescusável.

Por fim, deve ser alertado que, em se tratando de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13), o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial**, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

252. Apesar de a discussão estar resolvida (na jurisprudência), pensamos que o CP adotou a primeira corrente (natureza condenatória). É que, do contrário, perderia sentido a previsão do art. 120 do CP, quando alerta que a sentença concessiva do perdão judicial não gera reincidência. Ora, nada mais óbvio à uma sentença não condenatória não gerar reincidência. Como não acreditamos em lei com palavras inúteis, extraímos da redação do art. 120 que a decisão é condenatória sem, contudo, gerar o efeito da reincidência (eis a utilidade do dispositivo!).

Capítulo VI

“ITER CRIMINIS”

Sumário • 1. Introdução; 2. Fases do crime; 2.1. Cogitação; 2.2. Atos preparatórios; 2.3. Atos executórios; 2.4. Consumação; 3. Crime consumado; 4. Da tentativa; 4.1. Infrações penais que não admitem tentativa; 5. Desistência voluntária e arrependimento eficaz; 5.1. Desistência voluntária; 5.2. Arrependimento eficaz; 6. Arrependimento posterior; 6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa; 7. Crime impossível

1. INTRODUÇÃO

Depois de estudar a sua estrutura, bem como suas causas de exclusão, passaremos a explorar duas importantes formas de manifestação do crime: consumação e tentativa. Para melhor entender o tema, iniciaremos explicando o “iter criminis”.

Por “iter criminis”, ou caminho percorrido pelo crime, entende-se o conjunto de fases que se sucedem cronologicamente no desenvolvimento do delito doloso.

2. FASES DO CRIME

2.1. Cogitação

A cogitação significa ideação do crime (ideação criminosa), não implicando necessariamente na sua premeditação (cogitar a prática de um crime não significa premeditar o delito). Cuida-se de fase interna, é dizer, que pertence única e exclusivamente na mente do indivíduo. Por tal motivo, a cogitação é sempre impunível, desdobramento lógico do princípio da materialização ou exteriorização do fato, já estudado em tópico próprio. A punição das ideias (sem delas decorrer qualquer fato) significaria exumar o direito penal do autor. O tema foi bem esclarecido por **CLAUDIO BRANDÃO**:

“Como sabido, a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Portanto, se só há o querer, que é a cogitação não há ação, e por isso não há o crime. A *nuda cogitatio*, o simples querer o crime, não é punido”²⁵³.

A cogitação, por sua vez, pode ser dividida em três etapas:

(A) idealização: surge no agente a intenção de cometer o delito;

(B) deliberação: o agente pondera as circunstâncias da conduta que pretende empreender;

(C) resolução: corresponde à decisão a respeito da execução da conduta.

253. Ob. cit. p. 216.

2.2. Atos preparatórios

Nesta fase, conhecida também como *conatus remotus*, o agente procura criar condições para a realização da conduta delituosa idealizada. Adotam-se providências externas para que a conduta possa se realizar, como no caso dos agentes que adquirem um automóvel para viabilizar a fuga e o transporte do produto do roubo.

Os atos preparatórios, em regra, são **impuníveis**. Excepcionalmente, todavia, merecem punição, configurando delito autônomo. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de associação criminosa (art. 288 do CP, antigo delito de quadrilha ou bando). Aquele que se reúne com três ou mais pessoas para planejar a prática de crimes está em plena fase de preparação (dos crimes futuros), mas já executando a formação de um grupo criminoso, comportamento esse que o legislador entendeu grave o suficiente para justificar tipificação autônoma e independente dos delitos visados pela associação. O mesmo raciocínio serviu para a criação do tipo penal do art. 291 do CP²⁵⁴. Também na categoria de atos preparatórios punidos autonomamente pode ser incluída a conduta, ultimamente difundida, daqueles que adquirem explosivos para a utilização em furtos ou roubos em bancos. Neste caso, mesmo antes de qualquer ato relativo à subtração, há o crime do art. 16, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03.

2.3. Atos executórios

Os atos executórios traduzem a maneira pela qual o agente atua exteriormente para realizar o crime idealizado, por vezes, preparado.

Em regra, a conduta humana só será punível quando iniciada esta fase.

O ato executório, para assim ser considerado, deve ser idôneo, ou seja, concretamente capaz de conduzir o sujeito ativo ao alcance do resultado almejado. Além disso, é necessário que seja inequívoco, isto é, evidentemente direcionado ao cometimento do delito. Imaginemos que alguém adquira um engenho explosivo, dirija-se a uma agência bancária e, no momento em que instala o artefato, seja surpreendido pela polícia. Tratar-se-ia de um inequívoco ato de execução de furto ou roubo, idôneo a danificar o maquinário que armazena o dinheiro, o que possibilitaria a subtração.

☒ **Qual a diferença entre o início da execução (punível) e a fase anterior (atos preparatórios, em regra impuníveis)?**

A resposta não é simples. Vamos partir de um exemplo: imaginemos que JOÃO, buscando furtar um televisor no interior da residência de ANTONIO, posiciona-se na esquina aguardando o morador sair do imóvel para o trabalho, deixando a propriedade desvigiada. ANTONIO, como de costume, sai de casa às 8h para a labuta diária. JOÃO então pula o muro, entra na casa e subtrai o televisor.

254. CP. *Petrechos para falsificação de moeda*. Art. 291 – Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Em que momento se iniciou a execução do crime de furto praticado por JOÃO? Foi no momento em que ficou na esquina esperando a vítima sair do imóvel? Será que foi no momento em que começou a escalar o muro da casa? Ou foi no instante em que iniciou a subtração, núcleo do tipo?

Na busca da **diferença entre atos preparatórios e de execução**, existem várias teorias:

(A) Teoria da hostilidade ao bem jurídico ou critério material

Idealizada por Nélson Hungria, entende por atos executórios aqueles que atacam o bem jurídico, criando-lhe uma situação concreta de perigo. No nosso exemplo, JOÃO, colocando-se na esquina para esperar a saída do morador já pode ser punido, pois iniciou a execução do crime.

(B) Teoria objetivo-formal

Defendida por Frederico Marques, entende como ato executório aquele que inicia a realização do núcleo do tipo. No nosso caso, apenas no momento em que JOÃO começa a subtrair o televisor é que a punição mostra-se legítima.

Percebam que as duas teorias são injustas. A primeira gera um evidente excesso, contentando-se, para a punição, com a prática de comportamentos muito distantes da consumação; a segunda, por sua vez, redundando numa insuficiente intervenção do Estado, esperando para punir o agente apenas quando estiver muito próximo da consumação, excluindo atos que, apesar de anteriores à execução do núcleo, são importantes na consecução do delito.

Para solucionar esse impasse, surge a teoria objetivo-individual.

(C) Teoria objetivo-material

São atos executórios aqueles em que se inicia a prática do núcleo do tipo, bem como os atos imediatamente anteriores, com base na visão de terceira pessoa alheia à conduta criminosa.

(D) Teoria objetivo-individual

Preconizada por Eugênio Raúl ZAFFARONI, entende como atos executórios aqueles que, de acordo com o plano do agente, realizam-se no período imediatamente anterior ao começo da execução típica. Trata-se de um ajuste buscando complementar o critério objetivo-formal.

"De acordo com este critério, para estabelecer a diferença leva-se em conta o plano concreto do autor (daí a razão do 'individual'), não se podendo distinguir entre ato executório e preparatório sem a consideração do plano concreto do autor, o que nos parece mais acertado"²⁵⁵.

255. Ob. cit. p. 658.

O fato de JOÃO escalar o muro é ato anterior à subtração, porém inequívoco na demonstração da sua intenção criminosa, autorizando, a partir desse instante, a sua punição.

Esta é a teoria adotada pela doutrina moderna, reconhecida, inclusive, pelo STJ:

“FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES.

Uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro com “animus furandi”. Não consumação do ingresso por interferência de terceiros. Atos que se caracterizam como início de execução. Recurso conhecido e provido.”²⁵⁶.

Note-se que, no exemplo decidido pelo tribunal, a adoção da teoria objetivo-formal conduziria à atipicidade da conduta, uma vez que, embora o ingresso no domicílio alheio tivesse por intenção o furto, o núcleo do tipo penal ainda não havia sido praticado (restaria a possibilidade de punir o agente somente pelo crime de invasão de domicílio – art. 150, CP).

2.4. Consumação

A consumação assinala o instante da composição plena do fato criminoso, encerrando o *iter criminis*, última etapa deste percurso (não necessariamente composto de todas as quatro fases). Como adverte Aníbal Bruno:

“É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a lesão efetiva ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo”²⁵⁷. Vamos aprofundar esta etapa do “*iter criminis*”.

3. CRIME CONSUMADO

Nos termos do que prescreve o artigo 14, I, do Código Penal, considera-se consumado o crime “*quando nele se reúnem todos os elementos da sua definição legal*”. Tem-se, assim, um crime completo, perfeito, realizado por inteiro, coincidindo o fato concreto e o tipo legal.

O **momento consumativo** varia conforme a natureza do crime:

(A) crime material ou de resultado – nestes, o tipo penal descreve a conduta e o resultado (naturalístico), exigindo, para a consumação, a efetiva modificação do mundo exterior (exs: homicídio, art. 121, CP e furto, art. 155, CP).

(B) crime formal ou de consumação antecipada – aqui a norma penal também descreve um comportamento seguido de um resultado naturalístico, mas dispensa a modificação no mundo exterior, contentando-se, para a consumação, com a prática da conduta típica. O crime, portanto, se consuma no momento da ação, sendo o resultado mero exaurimento (ex: extorsão, art. 158, CP e extorsão mediante sequestro, art. 159, CP);

256. STJ – Quinta Turma – REsp 113603 – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 28/09/1998.

257. Ob. cit., p. 254.

(C) crime de mera conduta (ou simples atividade) - tratando-se de delito sem resultado naturalístico, a lei descreve apenas uma conduta, consumando-se o crime no momento em que esta é praticada (ex: violação de domicílio, art. 150, CP).

(D) crime permanente - nos crimes permanentes, a consumação se protraí no tempo, prolongando-se até que o agente cesse a conduta delituosa (ex: sequestro e cárcere privado, art. 148, CP).

O crime permanente guarda peculiaridades no que toca à aplicação da lei penal no tempo, motivo pelo qual remetemos o leitor ao tópico próprio.

(E) crime habitual - para a consumação exige-se a reiteração da conduta típica (ex: curandeirismo, art. 284, CP).

(F) crime qualificado pelo resultado - nesta espécie, a consumação se dá com a produção do resultado que agrava especialmente a pena (ex: lesão corporal seguida de morte, art. 129, §3º, CP).

(G) crime omissivo próprio - consuma-se no momento em que o agente se abstém de realizar a conduta devida, imposta pelo tipo mandamental (omissão de notificação de doença, art. 269, CP; omissão de socorro, art. 135, CP).

(H) crime omissivo impróprio - também denominado crime comissivo por omissão, têm sua consumação reconhecida com a produção do resultado naturalístico ("crime do garantidor", art. 13, §2º, CP).

☒ *O que vem a ser crime exaurido?*

Diz-se crime exaurido (ou esgotado plenamente) o **acontecimento posterior ao término do *iter criminis***. Explica (e exemplifica) **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

"O exaurimento compreende os ulteriores efeitos da conduta criminosa. Por exemplo, o falso testemunho consuma-se quando a testemunha encerra o depoimento falso, assinando o respectivo termo. As consequências advindas depois disso, como a condenação ou absolvição do réu, integram o exaurimento do crime"²⁵⁸.

Importante frisar que o exaurimento não influencia na tipicidade (subsunção do fato à norma), mas poderá:

(A) servir como circunstância judicial desfavorável (o crime exaurido merece pena-base maior, considerando as *consequências do crime*, art. 59, *caput*, CP);

(B) atuar como qualificadora (no crime de resistência, art. 329, §1º, CP);

(C) caracterizar causa de aumento de pena (no crime de corrupção passiva, art. 317, §1º, CP);

(D) configurar crime autônomo (se, após consumir o sequestro qualificado pela finalidade libidinosa, o agente praticar na vítima atos de libidinagem, o exaurimento do crime contra a liberdade individual gera um novo crime, qual seja, estupro, art. 213 do CP).

258. Ob. cit. p. 260.

4. DA TENTATIVA

O crime é considerado tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (artigo 14, II, do Código Penal).

Alerta **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“A tentativa, destarte, não constitui crime *sui generis*, com pena autônoma. É ela violação incompleta da mesma norma de que o crime consumado representa violação plena, e a sanção dessa norma, embora minorada, lhe é extensiva. Por via de consequência, sendo a tentativa tipo tributário do tipo reitor, não há crime de tentativa, mas tentativa de crime”²⁵⁹.

Cuida-se de **norma de extensão** temporal, ampliando a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos humanos realizados de forma incompleta (adequação típica de subordinação mediata).

Percebe-se, com facilidade, que no crime tentado há uma incongruência entre o plano físico e o psíquico. Enquanto o tipo subjetivo se realiza completamente (o dolo é o mesmo, não importando se consumado ou tentado o delito), o tipo objetivo fica aquém da vontade do agente.

São **elementos** da tentativa (A) o início da execução; (B) a não consumação do crime por circunstâncias **alheias à vontade** do agente; (C) dolo de consumação e (D) resultado possível.

☒ Como se dá a punição do crime tentado?

São várias as teorias que cuidam da punição do *conatus*, dentre as quais se destacam as seguintes:

(A) Sistema ou teoria subjetiva, voluntarística ou monista

A punição da tentativa deve observar seu aspecto subjetivo do delito, da perspectiva do dolo do agente. Sabendo que, seja na consumação seja na tentativa, o crime é subjetivamente completo, não pode haver, para esta teoria, distinção entre as penas nas duas modalidades. A tentativa merece a mesma pena do crime consumado.

(B) Sistema ou teoria sintomática

A punição da tentativa tem lastro na periculosidade revelada pelo agente, o que possibilita a penalização inclusive de atos preparatórios.

(C) Sistema ou teoria objetiva ou realística

A punição da tentativa deve observar o aspecto objetivo do delito. Apesar de a consumação e a tentativa serem subjetivamente completas, esta (tentativa), diferente daquela (consumação), é objetivamente inacabada, autorizando punição menos rigorosa quando o crime for tentado.

259. Ob. cit. p. 283.

	Crime Consumado	Crime em Tentativa
Subjetivamente (dolo)	Completo	Completo
Objetivamente (atos executórios)	Acabado	Inacabado

(D) Sistema ou teoria da impressão ou objetivo-subjetiva

Tem por escopo limitar o alcance da teoria subjetiva, evitando a punição irrestrita de atos preparatórios porque torna possível a punição da tentativa apenas a partir do momento em que a conduta seja capaz de abalar a confiança na vigência do ordenamento jurídico; e também quando a conduta transmita àqueles que dela tomem conhecimento a mensagem de perturbação da segurança jurídica.

O nosso Código, como regra, adotou a teoria objetiva, punindo-se a tentativa com a mesma pena do crime consumado, reduzida de 1/3 a 2/3²⁶⁰. Sobre critério para a diminuição, esclarece Nucci:

"o juiz deve levar em consideração apenas e tão-somente o *iter per-corrido*, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito. Não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva –, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente"²⁶¹.

A leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal²⁶² revela que, embora a regra seja a adoção da teoria objetiva, situações há em que, excepcionalmente, o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e a tentada, adotando, portanto, a teoria subjetiva. São casos em que o legislador se contenta com a exteriorização da vontade. São os chamados crimes de atentado (ou empreendimento).

Exemplo: "*Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção de três meses a um ano*" (art. 352 do CP).

Exemplo2: "*Votar ou tentar votar mai: de uma vez, em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos*" (art. 309, Lei nº 4.737/65).

260. O Código Penal Militar adotou, igualmente, a teoria objetiva em relação à tentativa. Entretanto, prevê aquele diploma a interessante possibilidade de aplicação da pena consumada, no caso de excepcional gravidade da conduta praticada. CPM. Art. 30, parágrafo único. *Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.*

261. Ob. cit. p. 169-170.

262. CP. Art. 14, parágrafo único – *Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (grifamos)*

Há, por fim, casos específicos em que o legislador pune **apenas** a tentativa, não havendo previsão de crime na forma consumada.

Exemplos: “*Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos*”; “*Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos*.” (arts. 11 e 17 da Lei nº 7.170/83, respectivamente).

São **espécies de tentativa**:

(A) Quanto ao *iter criminis* percorrido

Tentativa imperfeita (ou inacabada): o agente é impedido de prosseguir no seu intento, deixando de praticar todos os atos executórios à sua disposição. Neste caso, o sujeito ativo **não** logra executar todos os atos que pretendia; a execução é interrompida antes de ser esgotada (ex: JOÃO, munindo com seis projéteis a arma escolhida para matar ANTONIO, é impedido, por populares, de efetuar o segundo disparo, evitando a morte da vítima).

Tentativa perfeita (ou acabada ou crime falho ou crime frustrado): o agente, apesar de praticar todos os atos executórios à sua disposição, não consegue consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesta hipótese, a execução se esgota, tendo o **sujeito feito tudo o que pretendia fazer**, mas, por motivos vários, o resultado não se verificou (ex: JOÃO dispara os seis tiros que tinha à disposição para matar ANTONIO, porém, ainda assim, não consegue alcançar o seu objetivo, sendo a vítima socorrida eficazmente)²⁶³.

(B) Quanto ao resultado produzido na vítima (objeto material)

Tentativa branca ou inculenta: o golpe desferido não atinge o corpo da vítima, não gerando lesão efetiva, palpável à integridade corporal do ofendido;

Tentativa vermelha ou cruenta: a vítima é efetivamente atingida.

(C) Quanto à possibilidade de alcançar o resultado

Tentativa idônea: o resultado, apesar de possível de ser alcançado, só não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente;

Tentativa inidônea: aqui, o crime mostra-se impossível na sua consumação (art. 17 do CP) por absoluta ineficácia do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto material.

☒ **O que se entende por tentativa supersticiosa ou irreal?**

Entende-se por **tentativa supersticiosa (ou irreal)** aquela em que o agente acredita estar incurso numa situação típica que, na prática, não é realizável. Embora, num primeiro momento, possa se confundir com a tentativa inidônea por se encontrar na esfera

263. A tentativa perfeita somente é compatível com os crimes materiais, pois nos formais e de mera conduta, o fim da execução consome o delito.

do crime impossível, a supersticiosa dela se difere. Na tentativa inidônea, ao empregar meio absolutamente ineficaz ou visar a objeto absolutamente impróprio, o agente ignora esta circunstância e acredita no contrário, ou seja, que o meio eleito é apto a provocar o resultado ou que o objeto esteja em condições de sofrer os efeitos do resultado. Na tentativa supersticiosa, por outro lado, o agente tem plena consciência a respeito do meio que emprega ou do objeto visado e acredita que tanto num caso como noutro o resultado pode ser alcançado, embora, objetivamente, isso seja impossível. Por exemplo: "A" pretende matar "B" mediante disparos de arma de fogo e, para tanto, apossa-se de um revólver desmuniado e o aciona: não provoca o resultado, pois o meio é absolutamente ineficaz; "A" pretende matar "B" mediante disparos de arma de fogo e, para alcançar seu intento, desfere os tiros contra o alvo, que já está morto: não provoca o resultado porque o objeto é absolutamente impróprio. Em ambos os casos, "A" acredita que, com sua conduta, pode causar a morte de "B" porque ignora que a arma está desmuniada ou que a vítima já está morta. Noutras palavras, o crime é impossível, mas "A", no momento em que se apoderou da arma, imaginou que fosse apta a efetuar os disparos ou, no segundo exemplo, ao efetuar os disparos, idealizou que o alvo estava vivo. Agora outra situação: "A" pretende matar "B" exercitando o poder do pensamento para que este seja atropelado por um automóvel. Neste caso, o crime é impossível não porque "A" tem uma impressão incorreta a respeito do meio ou do objeto, como nos exemplos anteriores, mas porque acredita na eficácia de um meio que jamais poderia causar qualquer resultado lesivo.

4.1. Infrações penais que não admitem tentativa

Nos **crimes culposos** o agente não tem dolo de consumação, o que o torna essa modalidade de delito incompatível com o instituto da tentativa.

☒ *É possível tentativa na culpa imprópria?*

Para boa parte da doutrina, admite-se a tentativa na culpa imprópria (art. 20, § 1º, do CP), hipótese em que existe dolo de consumação. Imaginemos JOÃO, durante a madrugada, se depara num beco com seu desafeto ANTONIO colocando a mão no bolso traseiro da calça. Essa cena o faz pensar que será vítima de injusta agressão, obrigando-o a armar-se primeiro e atirar contra o iminente agressor. Apesar do tiro, o suposto desafeto não morre. Percebe-se, então, que ANTONIO tirava do bolso um celular. JOÃO responde por tentativa de homicídio culposo. Esse é também o escólio de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO:

"Em suma: via de regra, não admitem os crimes culposos a tentativa. Ressalva-se a hipótese, porém, de o episódio ser informado pela culpa imprópria, igualmente chamada de culpa por equiparação, extensão ou assimilação. Em tal caso, porque – excepcionalmente – há vontade endereçada ao malogrado resultado, a tentativa é compossível"²⁶⁴.

264. Ob. cit. p. 330.

Nos **crimes preterdolosos** o agente também não quer o resultado agravador, que lhe é imputado a título de culpa. Logo, mostra-se igualmente incompatível essa espécie de crime com a tentativa.

Observamos, contudo, ser possível o *conatus* quando frustrada a conduta antecedente (dolosa), verificando-se somente o resultado qualificador (culposo). Explicam LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA:

“Não é possível falar em tentativa no crime preterdoloso em relação ao resultado posterior (que é culposo). Culpa não admite a tentativa. Mas é perfeitamente possível a ocorrência de crime preterdoloso tentado quando o primeiro delito (doloso) não se consuma, dando-se, entretanto, o resultado subsequente”²⁶⁵.

Exemplo 1: o médico não consegue interromper a gravidez da paciente – **aborto**, tipo fundamental –, porém a gestante, em razão das manobras abortivas, morre – **resultado culposo qualificador**. Nesse caso, prevalece que responderá ele (médico) por tentativa de aborto qualificado pela morte culposa (art. 126, c/c. o art. 127, ambos do CP).

Exemplo 2: estupro qualificado pela morte culposa da vítima – se o agente, por conta do emprego da violência, acaba matando a vítima, mas não consegue a conjunção carnal, teremos tentativa de estupro qualificado pela morte culposa da vítima.

Os **crimes unissubsistentes**, porque se consumam com apenas um único ato, não permitem o raciocínio da tentativa. Se for impossível o fracionamento do *iter*, se o crime se consuma apenas e tão-somente com um ato, não há que se falar em delito frustrado (ex: crimes omissivos puros).

Anuncia o artigo 4º da Lei de Contravenções Penais não serem puníveis as **contravenções penais** quando tentadas.

Nos **crimes de atentado (ou de empreendimento)**, embora possível a tentativa, por opção legislativa a sua punição é a mesma do delito consumado, não se aplicando a redução de pena prevista no art. 14, parágrafo único do CP (ex: evasão mediante violência contra a pessoa, art. 352 do CP).

Os **crimes habituais** são caracterizados pela reiteração de atos. Assim, ou ocorre reiteração de atos e o crime se consuma ou não há reiteração e então o fato será atípico. FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS enxerga exceção:

“Alguns crimes habituais, porém, admitem a tentativa. Tal ocorre com o delito previsto art. 282 do CP, quando o sujeito, sem ser médico, instala um consultório e é detido quando de sua primeira consulta”²⁶⁶.

265. Ob. cit. p. 348.

266. Ob. cit. p. 274.

Os crimes condicionados ao implemento de um resultado somente são puníveis se o evento descrito na norma ocorrer efetivamente. Exemplo comum na doutrina é o do crime previsto no art. 122 do CP (participação em suicídio). Só é punível o comportamento de quem induz, instiga ou auxilia a vítima a se suicidar quando presente a lesão grave ou morte do suicida. Se esses resultados não acontecem, o comportamento do participante não é punível, nem mesmo na forma tentada.

✓ *É possível tentativa no dolo eventual?*

Apesar de haver doutrina lecionando não ser possível tentativa no dolo eventual, argumentando que, nessa espécie, o agente não tem vontade de realizar o resultado (apenas o aceita como possível), prevalece a tese em sentido contrário. A lei equiparou, em termos de *vontade*, o dolo eventual ao dolo direto, sendo possível o *conatus* nos dois casos. Nesse sentido, explica Hungria:

“Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente improficua (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação de tentativa”²⁶⁷.

✓ *E a tentativa nos crimes de ímpeto?*

Há quem sustente a impossibilidade da tentativa nas situações em que o agente atua por impulso, pois nestes casos não haveria possibilidade de fracionamento dos atos executórios.

A restrição, entretanto, não se impõe porque o fato de o crime ter sido empreendido num acesso de exaltação não implica, necessariamente, o óbice ao fracionamento da conduta. É plenamente possível, por exemplo, que um indivíduo subitamente dispare uma arma de fogo contra alguém, seja contido por terceiros e não alcance seu intento.

Vê-se, dessa forma, que a relação entre o crime de ímpeto e a tentativa é uma questão afeta ao campo da prova, não ao da adequação típica da conduta. A este respeito, Nélson Hungria emite alerta semelhante àquele que destacamos a respeito da tentativa no dolo eventual: a dificuldade de prova não tem valor para a incidência da tentativa²⁶⁸.

5. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz são espécies de **tentativa abandonada** ou **qualificada**. Encontram previsão no artigo 15 do Código Penal, que dispõe:

267. Ob. cit. vol. I, t. II. p. 262.

268. Ob. cit. vol. I, t. II. p. 261.

“O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução [desistência voluntária] ou impede que o resultado se produza [arrependimento eficaz], só responde pelos atos já praticados”.

Trata-se do que FRANZ VON LISZT denominava “ponte de ouro”. O agente está diante de um fato cujo resultado material é perfeitamente alcançável, mas, até que ocorra a consumação, abre-se a possibilidade (ponte de ouro) para que o agente retorne à situação de licitude, seja desistindo de prosseguir na execução, seja atuando positivamente no intuito de impedir a ocorrência do resultado.

É nota distintiva entre a tentativa abandonada (ou qualificada, art. 15, CP) e a tentativa simples (art. 14, II, CP) o fato de que, naquela, o agente desiste de prosseguir ou impede a consumação por um ato voluntário, enquanto nesta são circunstâncias alheias à vontade do agente que o impedem de alcançar a forma consumada do crime.

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz, tratados como **tentativa** abandonada, são, tal como ocorre na tentativa simples, incompatíveis com os crimes culposos. Se nestes delitos o resultado é involuntário, não é possível ao agente desistir de alcançá-lo ou mesmo arrepender-se, após esgotar os meios de execução, e impedir a consumação.

Tentativa Simples (art. 14, II, CP)	Tentativa Qualificada (art. 15, CP)
O agente inicia a execução.	O agente inicia a execução.
O resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente	O resultado não ocorre por circunstâncias inerentes à vontade do agente

A doutrina discute a **natureza jurídica** da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Para uns, trata-se de **causa de exclusão da tipicidade**. Nesse sentido, argumenta MIGUEL REALE JR.:

“Se típica é a tentativa, quando o resultado deixa de ocorrer por razão alheia à vontade do agente; atípica é a tentativa quando o evento deixa de se efetivar, não por causa alheia à vontade do agente, mas graças à sua própria vontade”²⁵⁹.

Para outros, **causa pessoal extintiva da punibilidade**. Vejamos a explicação de ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Optamos pela causa pessoal de isenção de pena, porque entendemos que o delito tentado encontra-se completo em todos os seus elementos, apesar da mediação da desistência voluntária.

Embora se afirme que o conceito de crime tentado do art. 14, II, requer que ele ‘não se consume por circunstâncias alheias à vontade do agente’, com o que pareceria significar que a não consumação, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é um elemento da tipicidade na tentativa, entendemos não ser isto sustentável, dado que a tentativa já é

269. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 206.

típica desde o início da execução, e uma etapa posterior em que se detém a execução não pode apagar o campo do proibido que já foi incursionado na etapa anterior. Em outras palavras: quando o autor começa a arrombar a porta para furtar, com isto inicia a execução do furto e sua conduta já é típica; se dez minutos depois, e já dentro da casa em que haveria de cometer o apoderamento, se arrepende e decide desistir, esta circunstância não pode eliminar a tipicidade já configurada de seus atos executivos anteriores²⁷⁰.

Concordamos com a **segunda corrente** e logo alertamos que a discussão não é meramente acadêmica, refletindo, de forma substancial, na vida prática. Para os adeptos da primeira orientação (causa de exclusão da tipicidade), a desistência do autor beneficia a do partícipe, embora a do partícipe não beneficie o autor. Já para a segunda (causa pessoal extintiva da punibilidade), a desistência do autor não beneficia aos partícipes e nem vice-versa.

5.1. Desistência voluntária

Na desistência voluntária, o agente, por manifestação exclusiva do seu querer, desiste de prosseguir na execução da conduta criminosa. Trata-se da situação em que os atos executórios ainda não se esgotaram, entretanto, o agente, voluntariamente, abandona o seu dolo inicial.

Lembrando a fórmula de Frank, enquanto na tentativa o agente *quer* prosseguir, mas *não pode*, na desistência voluntária o agente *pode prosseguir*, mas *não quer*.

Como se percebe, contenta-se o legislador com a voluntariedade da desistência (não precisando ser espontânea), o que significa que o instituto não se desnatura quando a decisão do agente, livre de coação, sofre influência subjetiva externa.

O tema foi bem explorado (com exemplos) nas lições de **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

"Voluntária e carente de espontaneidade é a desistência quando é sugerida ao agente e ele assimila, subjetiva e prontamente, esta sugestão, esta influência externa de outra pessoa.

(...).

Exempli gratia: certo motorista, irritado em decorrência de colisão automobilística e em virtude de discussão estabelecida com o outro motorista, repentinamente desfecha-lhe tiros de revólver. Efetua alguns disparos. Porém, antes de esgotar a carga de munição, ouve e atende aos apelos da esposa ou parente que, estando consigo, no automóvel abalroado, o alerta e adverte para a gravidade do ato. Recua então o autor e se detém na execução que iniciara do homicídio, alertado pela tempestiva e desesperada advertência. Sobrevive a vítima. Em caso tal, indiscutível é a desistência voluntária, descaracterizadora do *conatus*, não obstante a ausência de espontaneidade.

270. Ob. cit. p. 672.

(...).

No entanto, se a causa que determina a desistência é circunstância exterior, uma influência objetiva externa que compele o agente a renunciar ao desiderato criminoso, irrefragável é o reconhecimento do delito tentado, pois este empecilho que impede a consumação descortina uma circunstância estranha ao querer.

(...).

Se, iniciada a execução de um delito, seu autor deixa de prosseguir no *iter criminis* para fugir, porque percebe estar sendo vigiado, indubitavelmente é a ocorrência de fator exterior que se colocou fora da sua vontade, forçando-o a desistir (estar sendo vigiado), de modo que a existência de tentativa do crime colimado é indiscutível²⁷¹.

Em resumo:

Interferência	Instância	Exemplo
Externa objetiva	Tentativa	Disparo de alarme sonoro, acender luz de uma janela, pedestre passando pelo local etc.
Externa subjetiva	Desistência voluntária	Pedido de terceiro

Em suma, são **elementos** da desistência voluntária (A) o início da execução e (B) a não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente (abandono do dolo de consumação de maneira voluntária).

Presentes os requisitos, a **consequência** é a punição do agente pelos **atos já praticados** – se típicos. Segundo ensina ANÍBAL BRUNO:

“Assenta essa impunibilidade em uma razão de política criminal, no interesse que tem o Direito em estimular a não consumação do crime, oferecendo ao agente oportunidade de sair da situação que criara, sem sofrer punição. É a ponte de ouro, na imagem Von Liszt, que a lei estende para a retirada oportuna do agente.”²⁷².

Exemplo 1: JOÃO, com intenção de matar, desfere cinco facadas em ANTONIO, mas abandona a sua intenção de matar, deixando ANTONIO viver, embora com lesões graves. JOÃO será punido por lesão corporal grave (e não tentativa de homicídio).

Exemplo 2: JOÃO, com intenção de furtar, adentra o domicílio de ANTONIO. Ao colocar a mão na televisão que pretendia subtrair, JOÃO desiste de prosseguir na execução. JOÃO será punido pelo crime de invasão de domicílio (e não tentativa de furto).

Comparando a tentativa simples com a desistência voluntária, temos:

271. Ob. cit. p. 316-7.

272. Ob. cit., Tomo 2º. p. 245

	Arrependimento ativo	Arrependimento passivo
Elementos	• Início da não execução • Não consumação por circunstâncias alheias a vontade do agente. • Resultado possível	• Início da não execução • Não consumação por circunstâncias inerentes a vontade do agente. • Resultado possível
Dolo	Dolo de consumação	Dolo abandonado
Fórmula de Frank	O agente quer prosseguir, mas não pode.	O agente pode prosseguir, mas não quer.
Consequências	Diminuição de pena de 1/3 a 2/3 (regra)	O agente só responde pelos atos já praticados (se típicos).

5.2. Arrependimento eficaz

Previsto no artigo 15, 2ª parte, do Código Penal, o arrependimento eficaz (arrependimento ativo ou resipiscência) é a segunda espécie de tentativa abandonada ou qualificada. Ocorre quando os atos executórios já foram todos praticados, porém, o agente, decidindo recuar na atividade delituosa corrida, desenvolve nova conduta com o objetivo de impedir a produção do resultado (consumação).

Do exposto conclui-se: **a)** pressupõe o esgotamento dos atos executórios; **b)** só tem cabimento nos **crimes materiais**, nos quais o tipo penal exige a ocorrência do resultado naturalístico para a sua consumação.

Invocamos, mais uma vez, a lição de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO:

“O arrependimento eficaz só é compossível com os crimes materiais, pois apenas pode existir em relação a tentativa que seria perfeita ou crime falho, eis que pressupõe o esgotamento do processo executivo quando da interferência da vontade do sujeito ativo que impede o *summatum opus*”²⁷³.

Da mesma forma que a desistência voluntária, para o reconhecimento do arrependimento ativo basta a **voluntariedade**. Deve, ainda, ser eficaz, isto é, que a **atuação do agente seja capaz de evitar a produção do resultado**²⁷⁴.

Presentes os seus requisitos (voluntariedade e eficácia do arrependimento), a **consequência** é a mesma da desistência voluntária: a responsabilização do agente pelos **atos já praticados**.

273. Ob. cit. p. 320.

274. O arrependimento **ineficaz** (caso em que o arrependido, procurando evitar o resultado, não consegue impedir a consumação), será punido normalmente com a pena cominada ao delito inicialmente querido (e realizado), incidência, contudo, circunstância atenuante prevista no art. 65, III, “b”, 1ª parte, do Código Penal.

Exemplo: JOÃO desfez cinco tiros em ANTONIO, com a intenção de matar. Após os disparos, arrepende-se de forma voluntária, conduzindo ANTONIO até o hospital mais próximo para que receba socorro médico. Caso ANTONIO permaneça vivo, JOÃO responderá pelas lesões causadas na vítima, caracterizando o arrependimento eficaz; se ANTONIO falecer (em razão dos disparos), responderá JOÃO por crime de homicídio consumado, havendo mera atenuação da pena (arrependimento ineficaz).

Vejamos as distinções e semelhanças entre as duas espécies de tentativa qualificada.

Art. 15, 1ª parte, CP	Art. 15, 2ª parte, CP
Espécie de tentativa abandonada	Espécie de tentativa abandonada
Exige voluntariedade	Exige voluntariedade e eficácia
Ocorre durante a execução	Ocorre após a execução
O agente abandona o seu dolo antes de esgotar os atos executórios	O agente esgota os atos executórios, mas consegue impedir o resultado
O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente	O crime não se consuma por circunstâncias inerentes à vontade do agente
Pune-se pelos atos já praticados	Pune-se pelos atos já praticados

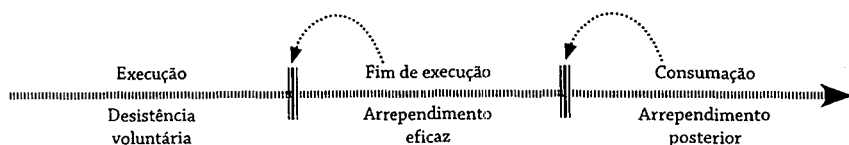
6. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

O arrependimento posterior está previsto no artigo 16 do Código Penal:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Trata-se de um comportamento pós-delitivo positivo em que o agente, depois de ter consumado o crime, por ato voluntário, repara o dano ou restitui a coisa com o fim de restaurar a ordem perturbada. Nesses casos, a lei recompensa o criminoso arrependido com a diminuição da sua pena. Os fundamentos de política criminal em que se estabelece o arrependimento posterior são, portanto, o atendimento aos interesses da vítima, que tem seu patrimônio restaurado, e o incentivo ao arrependimento do agente, beneficiado pelo abrandamento da pena. Além disso, o instituto se revela importante para a sustentação do ordenamento jurídico, pois, ao promover a reparação do dano, o agente reconhece a validade da norma que infringiu.

O arrependimento posterior foi denominado “ponte de prata” por Franz Von Liszt, porque, ao contrário da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, o agente não retorna à situação de licitude e, portanto, não é beneficiado pela extinção da punibilidade, mas tão somente pela redução da pena em virtude de sua iniciativa de reparar o dano causado por sua conduta. Logo, não podemos confundir o arrependimento do art. 16 CP com aqueles estudados no art. 15 CP (tentativa qualificada): na **desistência voluntária**, o abandono ocorre **durante** a execução; no **arrependimento eficaz**, depois de **esgotados** os atos executórios (evitando a consumação); no **arrependimento posterior**, **após** a consumação do crime.



Para seu reconhecimento, o artigo 16 do CP impõe os seguintes **requisitos**:

(A) Crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa

O crime objeto do arrependimento não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, independentemente da pena fixada ao delito. A violência à coisa não obsta o reconhecimento do instituto.

Entende-se, majoritariamente, que os crimes culposos, mesmo que violentos, admitem o benefício. Seria o caso da lesão corporal decorrente de culpa (art. 129, §6º, CP), em que não há violência na conduta, mas sim no resultado.

- ✓ ***A violência imprópria (que, sem o emprego efetivo de força física ou grave ameaça, também atinge a capacidade de resistência da vítima,) impede a causa de redução de pena prevista no art. 16 do CP?***

Prevalece na doutrina que o legislador penal, no artigo 16, vedou o benefício somente no caso de violência própria. Logo, no crime de roubo, por exemplo, seria admissível o arrependimento posterior, desde que cometido mediante emprego de meio diverso da força física ou grave ameaça, mas suficiente para reduzir a capacidade de resistência da vítima. Essa conclusão também está presente na lição de **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“No tocante à chamada violência imprópria, através da qual o agente reduz a vítima à impossibilidade de resistência, sem contudo empregar força física ou grave ameaça, entendemos que não deve ser excluída do raio de incidência do art. 16 do CP. O dispositivo em análise fala em ‘violência ou grave ameaça’. Se quisesse excluir a violência imprópria, a expressão usada seria ‘violência, grave ameaça ou redução, por qualquer meio, da capacidade de resistência da vítima’. Uma ligeira interpretação lógico-sistemática dos arts. 146 e 157 do CP não permite outra conclusão. Sobremais, como diz um velho princípio hermenêutico, ‘onde a lei não distingue, ao intérprete não é lícito distinguir’. Se, por exemplo, o agente narcotiza a bebida da vítima, oferecendo-lhe uma fruta ‘contaminada’, pondo-a para dormir, aproveitando-se para, logo em seguida, subtrair-lhe a carteira, haverá delito de roubo, diante do emprego da violência imprópria. Nesse caso, porém, o agente, vindo a reparar o dano, pode beneficiar-se do art. 16 do Código Penal. Já num roubo com violência física ou grave ameaça torna-se inadmissível a aplicação deste artigo”²⁷⁵.

275. Ob. cit. p. 286. Deve ser lembrado, porém, que a reparação do dano em crimes cometidos com violência ou grave ameaça é circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, “b”, do Código Penal.

(B) Reparação do dano ou restituição da coisa

A doutrina predominante entende que a reparação do dano ou restituição da coisa deve ser **integral**, podendo a **parcial** servir-se do benefício, desde que presente a concórdia da vítima.

(C) Até o recebimento da denúncia ou queixa

O recebimento da inicial acusatória é o **termo final** para o arrependimento posterior. Pretendeu o legislador impor um limite temporal à conduta (de arrependimento) do agente, condicionando a esta etapa do procedimento criminal.

Caso a reparação do dano ocorra depois do recebimento da denúncia ou queixa, mas antes do julgamento (sentença), deverá ser reconhecida a circunstância atenuante do artigo 65, III, “b”, *in fine*, do Código Penal.

Antes do recebimento da inicial	Antes do julgamento final e antes do recebimento da inicial
Há arrependimento posterior	Não há arrependimento posterior
Redução da pena de 1/3 a 2/3	Incide circunstância atenuante (art. 65, III, “b”, parte final)

(D) Ato voluntário do agente

Mais uma vez, a lei se contenta com a voluntariedade, atitude livre de coação física ou moral, independentemente da existência de interferências externas subjetivas, ou da ausência de motivos nobres na condução do arrependimento. Não é necessário, portanto, que o ato seja espontâneo.

Uma vez atendidos todos os requisitos previstos em lei, a reparação do dano ou restituição da coisa tem como **consequência** a redução de 1/3 a 2/3 da pena do agente. A diminuição se opera na terceira fase de aplicação da sanção penal e terá como **parâmetro** a maior ou menor presteza (celeridade e voluntariedade) na reparação ou restituição.

Natureza jurídica	Causa obrigatória de redução de pena
Consequência	Redução de 1/3 a 2/3 da pena
Parâmetro	Presteza na reparação do dano ou restituição da coisa

6.1. Situações especiais de reparação do dano ou restituição da coisa

Presentes todos os requisitos aqui elencados, a regra geral impõe que seja reconhecido o benefício da redução de pena de 1/3 a 2/3. Entretanto, algumas situações específicas (mais benéficas) afastarão a incidência da norma prevista no artigo 16 do Código Penal.

Em caso de **peculato culposo**, a reparação do dano ou restituição da coisa, se prece- de a sentença irrecorrível, é **causa especial extintiva da punibilidade**. Se lhe é posterior, é causa de redução de metade da pena (art. 312, §3º, CP).

No crime de **estelionato mediante emissão de cheque sem fundos** (art. 171, §2º, VI, CP), reza a súmula nº 554 do STF: "*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal*". Como já aludido, trata-se de causa supralegal de extinção da punibilidade e, como norma mais benéfica, não se aplica a regra geral do arrependimento.

Nos **crimes contra a ordem tributária**, o pagamento integral do débito tributário, nos termos do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, (aplicável tanto aos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 quanto aos arts. 168-A e 337-A do CP). Nesse sentido, tem eficácia meramente subsidiária o artigo 168-A, §2º²⁷⁶, do Código Penal que também traz hipótese específica de reparação do dano.

Aplicando analogicamente a regra estabelecida a respeito da reparação do dano nos delitos tributários, o STJ considerou extinta a punibilidade em relação a autor de furto de energia elétrica que, ainda no decorrer do inquérito policial, ressarciu à distribuidora o valor referente à energia subtraída: "(...) Se o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica ou a água subtraídas, sob pena de violação ao princípio da isonomia" (HC 252.802/SE, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17/10/2013).

Por fim, nos **crimes de menor potencial ofensivo**, segundo procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, permite-se às partes a composição civil dos danos (art. 74 da Lei)²⁷⁷. Havendo, por ocasião desta conciliação, reparação do dano ou restituição da coisa, ocorrerá a extinção da punibilidade (vide parágrafo único do dispositivo) e não arrependimento posterior.

☒ **A reparação do dano, requisito do arrependimento posterior, se comunica ao corréu?**

A reparação do dano é circunstância objetiva que se estende aos corréus da prática delitiva (art. 30 do CP). Assim, concorrendo mais de uma pessoa para o crime, o arrependimento posterior de um deles gera a causa de redução de pena para todos os demais. Nesse sentido tem entendido o STJ:

276. CP. Art. 168, §2º. *É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

277. No Estado de São Paulo, a Polícia Civil, por meio de seus departamentos regionais, criou os Núcleos Especiais Criminais (NECRIMS), destinados, nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal dependa de queixa ou esteja vinculada a representação do ofendido, a promover, na própria delegacia de polícia, a conciliação preliminar entre os envolvidos no fato delituoso, sempre na presença de representante da OAB. Note-se, contudo, que a simples conciliação preliminar não tem o condão de extinguir a punibilidade, pois, finalizado o ato, a autoridade policial remete o termo de conciliação, juntamente com o termo circunstanciado, ao Juizado Especial Criminal, onde haverá a apreciação pelo Ministério Público e pelo magistrado, que, considerando o procedimento em ordem, poderá determinar a extinção com base no art. 74 da Lei nº 9.099/95.

“Uma vez reparado o dano integralmente por um dos autores do delito, a causa de diminuição de pena do arrependimento posterior, prevista no art. 16 do CP, estende-se aos demais coautores, cabendo ao julgador avaliar a fração de redução a ser aplicada, conforme a atuação de cada agente em relação à reparação efetivada. De fato, trata-se de circunstância comunicável, em razão de sua natureza objetiva. Deve-se observar, portanto, o disposto no art. 30 do CP, segundo o qual “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”²⁷⁸.

Há corrente em sentido contrário, para a qual a exigência de voluntariedade demanda ato pessoal, o que inviabilizaria a comunicabilidade desta circunstância²⁷⁹.

Neste sentido, LUIZ RÉGIS PRADO ensina que:

“A reparação do dano ou a restituição da coisa, efetuadas, devem ser pessoais. Cuida-se de causa de diminuição de pena que influi na medida da culpabilidade, determinando sua redução, baseando-se também em considerações de política criminal (exigências de prevenção especial, favorecimento da administração da justiça e proteção à vítima do delito). De conseguinte, não se estende o arrependimento posterior ao co-autor ou partícipe que não tenha, voluntariamente, realizado o ressarcimento exigido para a diminuição da pena imposta”²⁸⁰.

Para aqueles que sustentam a comunicabilidade do arrependimento posterior, a questão pode esbarrar na cooperação dolosamente distinta, em que um dos concorrentes do crime pretendia integrar ação criminosa menos grave do que aquela efetivamente praticada. Ex.: dois agentes arquitetam um furto e um deles, durante a execução do crime, acaba por cometer, à revelia de seu comparsa, um violento roubo. Se o agente que pretendia integrar apenas o delito de furto reparar o dano até o recebimento da denúncia, poderá ser beneficiado pela minorante, que, no entanto, **não será comunicável** ao autor do roubo em virtude da expressa vedação do art. 16 do Código Penal.

☒ ***A recusa da vítima, não aceitando o valor de reparação ofertado pelo autor, impede o arrependimento posterior?***

O artigo 16 do Código Penal não elencou como requisito para o reconhecimento do arrependimento posterior a aceitação da vítima. Entende-se, desta maneira, que se houver voluntariedade na reparação, deverá ser reconhecido o benefício. Neste caso, o infrator deverá restituir o bem à autoridade policial ou, em último caso, depositá-lo em juízo.

278. STJ – Sexta Turma – REsp 1.187.976-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 7/11/2013. No mesmo sentido: STJ – Quinta Turma – REsp 264.283 – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 19/03/2001.

279. STJ – Quinta Turma – HC 92.004 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 01/06/2009.

280. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 407.

Quadro ilustrativo: diferença entre desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior.

	Desistência voluntária	Arrependimento eficaz	Arrependimento posterior
Previsão legal	Art. 15, 1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 15, 1ª parte, CP (tentativa qualificada)	Art. 16, CP
Natureza jurídica	Causa de extinção da punibilidade (há divergência)	Causa de extinção da punibilidade (há divergência)	Causa geral de diminuição de pena
Momento em que ocorre	O agente abandona o intento antes de esgotar os atos executórios.	O agente, depois de esgotar os atos executórios abandona o intento.	Ocorre depois da consumação.
Quanto à consumação	Não consumação por circunstâncias <i>inerentes</i> à vontade do agente.	Não consumação por circunstâncias <i>inerentes</i> à vontade do agente.	Há consumação do crime
Consequência	O agente responde pelos atos até então praticados.	O agente responde pelos atos até então praticados.	Há redução da pena de 1/3 a 2/3.

7. CRIME IMPOSSÍVEL

Também denominado “quase-crime”²⁸¹, “crime oco” ou tentativa inidônea, o crime impossível está previsto no artigo 17 do Código Penal: “*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

Vê-se, portanto, que, nessa hipótese, o comportamento do agente é inapto à consumação do crime, quer em razão dos meios empregados, quer por falta do objeto material.

Existem várias **teorias** buscando o melhor tratamento jurídico para esse fenômeno:

(A) **Teoria sintomática:** com a sua conduta, demonstra o agente ser perigoso, razão pela qual deve ser punido, ainda que o crime se mostre impossível de ser consumado. Por ter como fundamento a **periculosidade do agente**, esta teoria se relaciona diretamente com o direito penal do autor;

(B) **Teoria subjetiva:** sendo a conduta subjetivamente perfeita (vontade consciente de praticar o delito), deve o agente sofrer a mesma pena cominada à tentativa, sendo indiferente os dados (objetivos) relativos à impropriedade do objeto ou ineficácia do meio, ainda quando absolutas;

(C) **Teoria objetiva:** crime é conduta e resultado. Este configura dano ou perigo de dano ao bem jurídico. A execução deve ser idônea, ou seja, trazer a potencialidade do evento. Caso inidônea, temos configurado o crime impossível. A teoria objetiva subdivide-se:

281. Expressão empregada antes da Reforma Penal de 1984.

(C.1) Teoria objetiva pura: não há tentativa, mesmo que a inidoneidade seja relativa, considerando-se, neste caso, que não houve conduta capaz de causar lesão. Como o Direito Penal tem por fundamento a tutela de bens jurídicos, a inidoneidade do meio ou do objeto, absoluta ou relativa, impedem a configuração da tentativa;

(C.2) Teoria objetiva temperada ou intermediária: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que não haja punição. Sendo relativas, pune-se a tentativa. É a teoria adotada pelo Código Penal.

	Teoria objetiva pura	Teoria objetiva temperada (art. 14, CP)
Ineficácia ou impropriedade absoluta	Não se pune	Não se pune
Ineficácia ou impropriedade relativa	Não se pune	Pune-se (tentativa)

O crime impossível tem como elementos **(A)** o início da execução, **(B)** a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, **(C)** o dolo de consumação, e **(D)** resultado absolutamente impossível de ser alcançado. Atente-se para o fato de que os três primeiros elementos estão também presentes na tentativa simples (art. 14, II), de modo que a impossibilidade de alcançar o resultado pretendido é justamente o que faz desta conduta uma **tentativa inidônea**.

Tentativa Idônea	Tentativa Inidônea
Início da execução	Início da execução
Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente	Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente
Dolo de consumação	Dolo de consumação
Resultado possível (ainda que relativamente) de ser alcançado	Resultado absolutamente impossível de ser alcançado

Sobre o tema, merece ser transcrita a importante observação de **MIGUEL REALE JR.:**

“Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime impossível a consumação jamais ocorrerá, e, assim sendo, a ação não se configura como tentativa do crime, que se pretendia cometer, por ausência de tipicidade.

Dessa forma, equivoca-se o legislador ao editar: ‘Não é punível a tentativa’, como se tratasse de causa de impunibilidade de um crime tentado configurado.”²⁸².

282. Ob. cit. p. 210.

Duas são as **formas** de crime impossível:

(A) Crime impossível por ineficácia absoluta do meio

A inidoneidade absoluta do meio se verifica quando falta potencialidade causal, pois os instrumentos postos a serviço da conduta não são eficazes, em hipótese alguma, para a produção do resultado.

Exemplo: JOÃO, para matar ANTONIO, se vale (sem saber) de uma arma de brinquedo.

(B) Crime impossível por impropriedade absoluta do objeto

Também se dá o crime impossível quando a pessoa ou a coisa que representa o ponto de incidência da ação delituosa (objeto material) não serve à consumação do delito. A inidoneidade do objeto se verifica tanto em razão das circunstâncias em que se encontra (objeto impróprio) quanto em razão da sua inexistência (objeto inexistente).

Exemplos: JOÃO tenta praticar aborto contra mulher que não está grávida; JOÃO atira em ANTONIO, que, entretanto, já se encontrava morto no momento do disparo.

☒ **Qual a diferença entre crime impossível e delito putativo?**

Destacamos três espécies de delito putativo:

a) por erro de tipo: caracteriza-se pelo fato de o agente acreditar, erroneamente, que comete um delito. Enquanto no **erro de tipo** o agente comete um **fato típico** sem querer, no **crime putativo por erro de tipo** comete um **fato atípico** sem querer. Ex.: JOÃO, com a intenção de matar, dispara sua arma contra ANTONIO, que já estava morto. Percebe-se que o delito putativo por erro de tipo não passa de um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material (art. 17 do CP).

b) por erro de proibição: nesta situação, o agente pratica uma conduta imaginando se tratar de infração penal, mas, na realidade, comete um fato atípico. À indagação sobre a distinção para o crime impossível, NUCCI responde:

“O primeiro [crime impossível] constitui a hipótese do agente que, pretendendo cometer um delito, não atinge a consumação porque valeu-se de instrumento absolutamente ineficaz ou voltou-se contra objeto absolutamente impróprio; o segundo [delito putativo], por seu turno, prevê a hipótese do agente que, pretendendo cometer um delito, não consegue seu intento porque a conduta eleita não constitui fato típico. Exemplos: no crime impossível, o agente desfere tiros, com o intuito de cometer homicídio, contra pessoa que já morreu; no crime putativo, o agente deixa de pagar dívida, instrumentalizada por meio de nota promissória, crendo ser infração penal, quando, na realidade, não é”²⁸³.

283. Ob. cit. *Código Penal Comentado*, p. 132.

c) por obra do agente provocador: trata-se da situação em que o agente é ardilosamente induzido à prática do delito, tornando impossível, pela adoção de providências prévias, a consumação. Aplica-se, nesta situação, a súmula nº 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Esta situação não se confunde com o flagrante esperado, em que, diante de uma conduta espontânea, a autoridade policial aguarda o momento mais oportuno para efetuar a prisão.

Capítulo VII

CONCURSO DE PESSOAS NA PRÁTICA DE CRIMES

Sumário • 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Requisitos; 4. Formas de praticar o crime quanto ao sujeito; 4.1. Autoria; 4.2. Autoria mediata; 4.3. Autoria colateral; 4.4. Multidão delinquente; 4.5. Coautoria; 4.6. Participação; 4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva; 4.6.2. Participação negativa; 5. Concurso de pessoas em crimes culposos; 6. Concurso de pessoas em crimes omissivos; 7. Punibilidade no concurso de pessoas; 8. Participação de menor importância; 9. Participação dolosamente distinta; 10. Comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares; 11. Participação impune

1. INTRODUÇÃO

Em regra, os delitos tipificados no nosso ordenamento penal são de concurso eventual (ou unissubjetivos), podendo ser executados por uma ou várias pessoas.

Exemplo: JOÃO, sozinho, pode praticar os crimes de homicídio, furto, roubo, extorsão, estupro etc. Nesses tipos o legislador não exige a pluralidade de agentes, circunstância que, se existir, serve apenas para qualificar, majorar ou agravar a pena do delito.

Temos, excepcionalmente, delitos de concurso necessário (plurissubjetivos), figurando como elementar do tipo a pluralidade de agentes.

Exemplo: JOÃO, sozinho, jamais praticará o crime de associação criminosa. O tipo penal do art. 288 do CP exige a pluralidade de agentes (no mínimo três).

Nota-se, com facilidade, que a teoria do concurso de pessoas só tem interesse nos delitos unissubjetivos, pois nos plurissubjetivos a reunião de pessoas emana do próprio tipo penal.

2. CONCEITO

Entende-se por concurso de pessoas (*concursum delinquentium*²⁸⁴) a reunião de vários agentes concorrendo, de forma relevante, para a realização do mesmo evento, agindo todos com identidade de propósitos.

A cooperação pode ocorrer em fases diversas, desde o planejamento até a consumação do delito²⁸⁵, e em intensidade variável, razão pela qual é valorada de acordo com a

284. O *concursum delinquentium* não se confunde com o *concursum delictorum*. Enquanto o primeiro trata do concurso de pessoas, este último diz respeito ao concurso de delitos. E nenhum desses se confunde com o *concursum normarum*, relativo ao concurso aparente de normas.

285. Para a configuração do concurso de pessoas, é indispensável que a adesão de vontade do concorrente se verifique até a consumação do crime visado (se depois, haverá delito autônomo, como, por exemplo, receptação, favorecimento real etc.).

contribuição de cada um dos agentes para o sucesso da campanha criminosa. A apuração da intensidade com que cada um dos agentes contribui para o aperfeiçoamento do crime pode, aliás, ser bastante dificultada, como ocorre nas situações em que a investigação lida com organizações criminosas, que no mais das vezes empreendem ações delituosas complexas e bem estruturadas, têm composição hierarquizada, dividem-se em subgrupos e adotam como regra a “lei do silêncio” entre seus membros.

3. REQUISITOS

Para que se caracterize o concurso de pessoas é indispensável a presença de **quatro** requisitos:

(A) Pluralidade de agentes e de condutas: a existência de diversos agentes, que empreendem condutas relevantes, é o requisito primário do concurso de pessoas. Note-se, todavia, que embora todos se dediquem para o sucesso da empreitada, nem sempre o fazem em condições idênticas. É possível, e muito comum, que enquanto alguns ingressem no núcleo do tipo, outros se dediquem a funções paralelas, auxiliando os primeiros. É também possível que alguém instigue ou induza outrem a ser o executor material de determinado crime. Em todos os casos, a atuação reunida dos agentes contribui de alguma forma para a cadeia causal, fazendo com que os vários concorrentes respondam pelo crime.

(B) Relevância causal das condutas: embora seja imprescindível a pluralidade de condutas, só esta circunstância não é o bastante para caracterizar o concurso de pessoas. É necessário que cada uma das condutas empreendidas tenha relevância causal. Se algum dos agentes praticar um ato sem eficácia causal, não haverá concurso de pessoas (ao menos no que concerne a ele).

(C) Liame subjetivo entre os agentes: é também necessário que todos os agentes atuem conscientes de que estão reunidos para a prática da mesma infração. Faltando o vínculo psicológico, desnatura-se o concurso de pessoas (podendo configurar a autoria colateral, estudada adiante). Percebe-se que, embora seja indispensável o liame subjetivo, dispensa-se prévio ajuste, que, não obstante, é o que comumente ocorre. Explica **CLEBER MASSON**:

“Fica claro que para a caracterização do vínculo subjetivo é suficiente a atuação consciente do partícipe no sentido de contribuir para a conduta do autor, ainda que este desconheça a colaboração. Não se reclama o prévio ajuste, nem muito menos a estabilidade na associação, o que acarretaria na caracterização do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), se presentes mais três pessoas”²⁸⁶.

(D) Identidade de infração penal: para que se configure o concurso de pessoas, todos os concorrentes devem contribuir para o mesmo evento (previamente determinado e escolhido pelos agentes).

286. Ob. cit., p 501.

✓ ***Todos os concorrentes do evento ilícito responderão pela mesma infração penal?***

Temos **três** teorias discutindo a infração penal, em tese, cometida por cada concorrente:

(A) Teoria monista (unitária ou igualitária): Para essa teoria, ainda que o fato criminoso tenha sido praticado por vários agentes, conserva-se único e indivisível, sem qualquer distinção entre os sujeitos. Todos e cada um, sem distinção, são responsáveis pela produção do resultado, em concepção derivada da equivalência das condições (todos os que concorrem para o crime respondem pelo seu resultado) e também fundamentada em questões de política criminal, em que se prefere punir igualmente os vários agentes que, de alguma forma, contribuíram para a prática de determinada infração penal.

Esta teoria é objeto de críticas em razão da dificuldade de estabelecer materialmente a equivalência das condições, ignorando, também, as próprias exceções previstas na lei, que estabelecem penas maiores ou menores de acordo com a função efetivamente desempenhada por cada um dos agentes.

(B) Teoria pluralista: De acordo com a teoria pluralista, a cada um dos agentes se atribui conduta, elemento psicológico e resultado específicos, razão pela qual há delitos autônomos cominados individualmente. Haverá tantos crimes quantos sejam os agentes que concorrem para o fato.

A teoria pluralista como base do concurso de pessoas é também alvo de críticas, pois o papel desempenhado por cada um dos agentes não é autônomo, o elemento subjetivo não é destacado do todo e o resultado também não será fracionado.

(C) Teoria dualista: Por fim, para a teoria dualista, tem-se um crime para os executores do núcleo do tipo (autores) e outro aos que não o realizam, mas de qualquer modo concorrem para a sua execução (partícipes). Trata-se, na verdade, de dupla concepção a respeito do papel exercido por cada um dos agentes, cabendo ao autor o desempenho da ação principal e ao partícipe a prática de atos acessórios.

Também não escapou das críticas. O crime se resume a apenas um fato, e, muitas vezes, a atuação do executor é menos relevante do que a desempenhada pelo partícipe, como ocorre, por exemplo, no homicídio praticado por mandato.

A teoria adotada pelo Código Penal foi a monista, estabelecendo-se a existência de apenas um crime e a responsabilidade de todos os que concorrem para a sua prática. O artigo 29 do Código Penal, todavia, em sua parte final, faz uma ressalva no sentido de que todos incidem nas penas cominadas ao crime “na medida de sua culpabilidade”.

É certo que a adoção da teoria monista representa um princípio de justiça, pois impõe imputação equivalente a todos os que concorreram para o mesmo fato. A menção à culpabilidade constitui um *plus*, possibilitando, no momento da aplicação da pena, a justa punição pela conduta criminoso, analisando-se o concurso de pessoas à luz do dolo e da culpa, bem como da censurabilidade da conduta. É com base na culpabilidade, aliás, que os parágrafos do art. 29 trazem algumas exceções ao *caput* ao tratarem da participação

de menor importância e da cooperação delosamente distinta. Ao estabelecer tais exceções, o Código Penal se aproxima da **teoria dualista**, distinguindo a coautoria da participação.

A **teoria pluralista**, embora não adotada como regra, está excepcionalmente prevista no Código Penal. Lembremos, por exemplo, o crime de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante: apesar de concorrerem para o mesmo evento (aborto), a gestante responde na forma do artigo 124 e o provocador de acordo com o artigo 126. Podemos lembrar, ainda, da corrupção: o funcionário público corrupto é punido pelo art. 317 – corrupção passiva – e o particular pelo art. 333 – corrupção ativa.

4. FORMAS DE PRATICAR O CRIME QUANTO AO SUJEITO

4.1 Autoria (*Animus auctoris*)

Para a devida compreensão do tema “concurso de pessoas”, saber definir “autor” (permitindo diferenciá-lo do “partícipe”) é indispensável, porém tarefa das mais difíceis. Como bem alerta **ROGÉRIO GRECO**:

“Em virtude de não ter o Código Penal traduzido os conceitos de autor e partícipe, tais definições ficaram a cargo de nossa doutrina. Surgiram, portanto, algumas definições restritas, outras mais abrangentes e também posições tidas como conciliatórias. Na verdade, pelo número de teorias que surgiram ao longo do tempo, percebe-se que o tema nada tem de pacífico”²⁸⁷.

As várias teorias podem ser reunidas em dois grupos: unitárias (não diferenciam autor e partícipe) e diferenciadoras (diferenciam os dois personagens). Vejamos

(A) **Teoria subjetiva ou unitária**: não impõe distinção entre autor e partícipe, considerando-se autor todo aquele que de alguma forma contribui para a produção do resultado.

(B) **Teoria extensiva**: igualmente não distingue autor de partícipe, mas permite o estabelecimento de graus diversos de autoria, com a previsão de causas de diminuição conforme a relevância da sua contribuição.

(C) **Teoria objetiva ou dualista**: estabelece clara distinção entre autor e partícipe.

A teoria objetiva pode ser subdividida em **duas**:

(C.1) **Objetivo-formal**: autor é quem realiza a ação nuclear típica e partícipe quem concorre de qualquer forma para o crime.

(C.2) **Objetivo-material**: autor é quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para a ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe, por outro lado, é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.

287. Ob. cit., p 501.

(D) Teoria do domínio do fato: elaborada por HANS WELZEL no final da década de 1930, com nítidos predcados finalistas, esta teoria surgiu para diferenciar com clareza o autor do executor do crime, conciliando as teorias objetiva e subjetiva. Para essa concepção, autor é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Partícipe, por sua vez, será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação.

JUAN FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL NUÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COU-TO DE BRITO, citando CLAUS ROXIN, explicam:

“Somente poderá ser autor de um delito de domínio (*Tatherrschaftsdelikte*) aquele que se possa afirmar que é *figura central* da conduta criminosa, quem decide se e como será realizada. Assim, o domínio do fato pressupõe um conceito aberto, que não se estrutura em torno a uma imperfeita definição ou fórmula abstrata, mas sim de uma descrição (*Beschreibung*) que se ajusta aos vários casos concretos. Este conceito aberto complementa-se com uma série de princípios orientadores. Autor de um delito é aquele que pode decidir sobre os aspectos essenciais da execução desse delito, o que dirige o processo que desemboca no resultado. Adota-se um critério material que permite explicar mais satisfatoriamente as diversas hipóteses de autoria e participação. Nos delitos de domínio, o tipo descreve a ação proibida da forma mais precisa possível (o domínio do fato sempre se refere ao tipo). Trata-se de um domínio considerado em sentido normativo (com relação à imputação objetiva) e não de uma perspectiva naturalística (como mero domínio de um processo causal)”²⁸⁸.

Como desdobramento lógico desta teoria, podemos afirmar que tem o controle final do fato:

- (i) aquele que, por sua vontade, executa o núcleo do tipo (**autor propriamente dito**);
- (ii) aquele que planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (**autor intelectual**);
- (iii) aquele que se vale de um não culpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa para executar o tipo, utilizada como seu instrumento (**autor mediato** – estudado no tópico seguinte).

Note-se, por fim, que a teoria do domínio do fato tem aplicação apenas nos crimes dolosos, única forma em que se admite o controle finalístico sobre o fato criminoso, já que os delitos culposos se caracterizam exatamente pela causação de um resultado involuntário, e, conseqüentemente, impossível de ser dominado finalisticamente pelo agente. Invocando a lição de BITENCOURT:

288. Ob. cit., p 538-9.

“A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Segundo Welzel ‘autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico’”²⁸⁹.

Em resumo:

Teorias Unitárias (não diferenciam autor de partícipe)	Teorias Diferenciadoras (diferenciam autor de partícipe)
Teoria subjetiva: autor é todo aquele que de alguma forma contribui para a produção do resultado.	Objetivo-formal: autor é quem realiza a ação nuclear típica e partícipe quem concorre de qualquer forma para o crime.
Teoria extensiva: admite vários tipos de autores, conforme a relevância da sua contribuição.	Objetivo-material: autor é quem contribui objetivamente de forma mais efetiva para a ocorrência do resultado, não necessariamente praticando a ação nuclear típica. Partícipe é o concorrente menos relevante para o desdobramento causal, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.
—	Teoria do domínio do fato: autor é quem decide a forma de execução, seu início, cessação e demais condições do fato. Partícipe será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação.

Qual a teoria adotada pelo nosso Código Penal na definição de autor do crime?

De acordo com a maioria, o art. 29 do Código Penal é campo fértil para a teoria **objetivo-formal**.

Essa conclusão deriva não apenas do disposto no item 25 da Exposição de Motivos do nosso Estatuto Repressor²⁹⁰, mas também, como ressalta MIRABETE, porque a diferença “*está na natureza das coisas, na espécie diferente de causas do resultado por parte de duas ou mais pessoas, devendo ser assinalada a distinção entre autor, co-autor e partícipe*”²⁹¹.

289. Ob. cit., p. 382.

290. “Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concurso delinquentium*. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monástica do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.”

291. Ob. cit., p. 228.

Exemplo: JOÃO e ANTONIO combinam um furto. Enquanto o primeiro subtrai, o segundo vigia para impedir a aproximação de pessoas que possam frustrar a prática criminosa. JOÃO é autor; ANTONIO, partícipe. Neste caso, a norma de extensão pessoal do art. 29 do Código Penal é imprescindível para garantir a punição de ANTONIO (partícipe). Com efeito, se não houvesse essa norma, o ato de ANTONIO que auxilia o furtador, apenas evitando a frustração da empreitada criminosa, não seria punido por falta de adequação legal.

A doutrina, no entanto, tem adotado cada vez mais a teoria do domínio do fato (seguida pelos Tribunais Superiores).

4.2. Autoria mediata

Define-se o autor mediato como sendo o sujeito que, sem realizar diretamente a conduta descrita no tipo penal, comete o fato típico por ato de outra pessoa, utilizada como seu instrumento.

O conceito de autor mediato se aproxima do conceito de partícipe, mas com ele não se confunde. A conduta do autor mediato não é acessória, mas principal; o autor mediato detém o domínio do fato, reservando ao executor apenas os atos materiais relativos à prática do crime²⁹².

Autor Mediato	Partícipe
Sua conduta é principal	Sua conduta é acessória
Detém o domínio do fato	Não detém o domínio do fato

O autor mediato se vale, como seu instrumento, de pessoa não culpável (não imputável, sem potencial consciência da ilicitude ou inexigível dele conduta diversa) ou que atua sem dolo ou culpa.

Embora o Código Penal não contenha previsão expressa a respeito do conceito de autoria mediata, traz **cinco** hipóteses em que o instituto é aplicável:

- 1) inimputabilidade penal (art. 62, inc. III);
- 2) coação moral irresistível (art. 22);
- 3) obediência hierárquica (art. 22);
- 4) erro de tipo escusável provocado por terceiro (art. 20, § 2º);
- 5) erro de proibição escusável provocado por terceiro (art. 21, *caput*).

292. A autoria mediata não exclui a coautoria e a participação. Com efeito, nada impede que dois imputáveis utilizem como instrumento um menor de idade para cometer o crime. Bem assim, é possível que um imputável induza outro a determinar a um menor de idade a prática do delito.

☑ ***É possível autoria mediata nos crimes culposos?***

É dominante o entendimento de que a autoria mediata **não** se coaduna com os crimes culposos, pois o resultado, nestes, é involuntário. Logo, não há possibilidade de o agente utilizar outrem como seu instrumento para a prática de um delito cujo resultado sequer assumiu o risco de produzir. Fernando Galvão, no entanto, admite sob os seguintes argumentos: “O entendimento que sustenta a impossibilidade da autoria mediata em crime culposo não é correto. Não se pode entender a autoria mediata em crime culposo segundo a lógica da autoria mediata em crime doloso. O domínio do fato no crime culposo não se verifica em relação ao resultado materialmente produzido, já que, na conduta descuidada, não se pretende produzir qualquer resultado lesivo. Em relação ao resultado, nunca haverá domínio do fato, quando se tratar de crime culposo. Se o resultado fosse dominado, no contexto de um fato culposo, evidentemente teria sido evitado pelo autor da conduta. No crime culposo, o domínio do fato refere-se apenas a conduta que, não sendo orientada para a produção do resultado ilícito, descuidadamente acaba por produzi-lo.

Portanto, perfeitamente possível é a autoria mediata em crime culposo. Veja-se o caso em que o pai deixa uma arma de fogo sobre a mesa e uma criança a manuseia, de modo a produzir um disparo que atinge outra criança, causando-lhe a morte. O descuido do pai não foi suficiente para a produção do resultado lesivo. Foi necessário que uma pessoa sem responsabilidade (a criança) realizasse a conduta que produziu o resultado lesivo: efetuasse o disparo que produziu a morte da vítima. Tem-se um homicídio culposo, por autoria mediata. Da mesma forma, se o pai determinar a seu filho que realize manobras arriscadas com motocicleta para impressionar pessoas que assistem o fato, caindo o filho e lesionando-se, deve o pai responder por lesão corporal, em situação de autoria mediata”²⁹³.

Seguindo essa orientação, suponhamos que “A”, indivíduo em fuga, coaja moralmente “B”, de forma irresistível, a imprimir alta velocidade no veículo por ele conduzido. No trajeto, em virtude da velocidade incompatível, “B” atropela e mata um pedestre. Nesse caso, não poderia, evidentemente, responder pela morte por não ter havido, de sua parte, conduta voluntária imprudente. “A”, no entanto, agiu voluntariamente para a conduta de “B”, razão pela qual deve responder pelo homicídio culposo.

☑ ***E nos crimes próprios e de mão própria?***

Quanto aos crimes próprios²⁹⁴, admite-se, desde que o autor mediato reúna as condições pessoais exigidas pelo tipo do autor imediato. Nesse sentido, esclarece BITENCOURT:

Que as características que estabelecem a punibilidade “devem encontrar-se na pessoa do ‘homem de trás’, no *autor mediato*, e não no executor, *autor imediato*. Com base nesse argumento, Soler e Mir Puig, seguindo a orientação de Welzel, admitem, em princípio, a

293. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Imcetis, 2004, p. 452.

294. Aqueles em que o tipo penal exige certos requisitos por parte do agente. É dizer: são crimes que só podem ser praticados por certas pessoas, dotadas de elemento diferenciador.

possibilidade de autoria mediata nos crimes *especiais* ou *próprios*, desde que o autor mediato reúna as qualidades ou condições exigidas pelo tipo²⁹⁵.

Exemplo 1: JOÃO, artista circense, hipnotiza um servidor, fazendo com que este pratique peculato (art. 312 do CP). JOÃO não pode ser autor mediato do crime, pois não reúne as condições do autor imediato exigidas pelo tipo (ser funcionário público).

Já com relação aos crimes de mão própria²⁹⁶, o entendimento majoritário é no sentido negativo, pois o tipo penal determina diretamente quem deve ser o sujeito ativo.

Exemplo 2: JOÃO, artista circense, hipnotiza a testemunha ANTONIO para que falte com a verdade em juízo. Sabendo que o crime de falso testemunho é de atuação pessoal, só pode ser praticado pela testemunha, sendo inviável a autoria mediata.

Então como proceder, nos dois exemplos, para responsabilizar JOÃO?

ZAFFARONI e PIERANGELI desenvolveram, para o caso, a figura do *autor por determinação*, evitando impunidade. Se, nos termos do art. 29 do Código Penal, pune-se quem, de qualquer modo, concorre para o crime, não há razão para deixar impune o autor de determinação que, dotada de plena eficácia causal, é levada a efeito por quem atua, por exemplo, sem conduta (*v.g.*, hipnose). O agente não é autor do crime, mas responde pela determinação para o crime por exercer, sobre o fato, domínio equiparado à autoria. Encontra-se esta solução, aliás, nos casos de coação moral irresistível e de obediência hierárquica, em que se pune tão somente o coator ou o autor da ordem.

Para evitar estes exemplos de injustiça, ensinam ZAFFARONI e PIERANGELI que o próprio Código Penal, no art. 29, permite a punição não pela prática do crime, mas pela determinação:

“Essas lacunas que se produzem entre a autoria e a participação e que nosso CP soluciona, criando um tipo de determinação para o cometimento do delito, punindo com a pena do delito respectivo, devem-se a que os delitos de mão própria e os *delicta propria* são limitações, de caráter geral, ao princípio do domínio do fato como caracterização da autoria.

(...)

No nosso código penal, não existe impunidade para os casos que colocamos, pois, tratando-se de *delicta propria* ou de delitos de mão própria, excluída a autoria por não apresentar as características do

295. Ob. cit. p. 384.

296. São crimes de conduta infungível, em que o tipo penal exige condições do agente que tornam impossível a coautoria, somente a participação. Alertamos em outras oportunidades, e aqui repetimos, que, adotada a teoria do domínio do fato, perde sentido a divisão dos crimes em próprios e de mão própria, visto que a execução do núcleo deixa de ser o marco do autor. Sugerimos (e aguardamos as pertinentes críticas da doutrina), que os crimes, agora, sejam divididos em **comum** (não exige qualidade ou condição especial do agente) e **próprio** (exige qualidade ou condição especial do agente). Este (próprio), por sua vez, se divide em **simples** (não sendo de conduta infungível) e **especial** (de conduta infungível, substituindo o delito de mão própria).

autor, ou por não realizar o sujeito pessoalmente, a conduta, e excluída também, em tais situações, a participação, porque o interposto não pratica injusto (em razão de estar justificada a sua conduta ou ser atípica) ou não realiza conduta, ocorre um verdadeiro tipo especial de autor de determinação, que seguramente está presente na fórmula do art. 29 do CP²⁹⁷.

Ainda no âmbito da autoria mediata, destaca-se o conceito da denominada **autoria de escritório**, originada da doutrina alemã, também classificada como autoria mediata especial ou particular.

É o caso do agente que emite a ordem para que outro indivíduo, igualmente culpável, pratique o fato criminoso. Esta espécie de autoria pode ser comumente identificada no âmbito de organizações criminosas, estruturadas hierarquicamente, em que certo indivíduo, exercendo funções de comando, determina o cometimento de crimes por agentes que se encontram em posições subalternas e que podem substituir-se, ou seja, se aquele a quem foi originariamente emitida a ordem não a cumpre, outro membro da organização poderá fazê-lo.

Há, no caso, autoria, e não participação, porque o domínio do fato por parte de quem determina a prática do crime é de tal forma relevante que não basta encarar sua conduta como simples instigação.

Na lição de ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Aquele que ‘concorre para o crime’ é autor do delito, e o é determinado por este. Trata-se de casos em que a doutrina alemã vem se ocupando há pouco mais de vinte anos, e que são conhecidos por ‘autoria de escritório’.

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que rompeu com toda a ilegalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização).

(...)

Parece ser bem pouco discutível que, em tal hipótese, têm o domínio do fato tanto o executor ou determinador, como o determinado, conquanto sejam ambos culpáveis, o que daria lugar a uma forma de autoria mediata especial – como já o dissemos –, em que a inserção de ambos no aparato de poder antijurídico coloca ambos na posição de autores responsáveis, com pleno domínio do fato²⁹⁸.

297. Ob. cit. p. 642.

298. Ob. cit. p. 682-3. Para Roxin, essa circunstância dentro de uma organização criminosa faz nascer a chamada **teoria do domínio da organização**. O dirigente de organização criminosa que emite

4.3. Autoria colateral

Verifica-se a autoria colateral quando dois ou mais agentes, um ignorando a contribuição do outro, concentram suas condutas para o cometimento da mesma infração penal. Nota-se, no caso, a ausência de vínculo subjetivo entre os agentes, que, se presente, faria incidir as regras do concurso de pessoas.

Exemplo: JOÃO e ANTONIO se colocam de tocaia, no mesmo local, ignorando-se mutuamente, para matar JOSÉ. Quando o alvo passa pelo local, JOÃO e ANTONIO disparam, causando a morte de JOSÉ. Se houvesse vínculo psicológico entre os atiradores, seriam coautores do crime de homicídio (art. 121 do CP). No caso, ausente o vínculo, cada um responde individualmente, sendo que àquele que matou será imputado o homicídio consumado e ao outro será atribuída a tentativa.

O problema surge quando não é possível determinar quem foi o real causador da morte, advindo daí a **autoria incerta**. Utilizando o mesmo exemplo, suponhamos que não seja possível determinar qual dos agentes atocaiados efetivamente causou a morte da vítima.

Quid juris?

De acordo com BITENCOURT:

O Código Penal “ao adotar a *teoria da equivalência das condições* pensou ter resolvido a *vexata quaestio* da chamada *autoria incerta*, quando não houver ajuste entre os concorrentes (Exp. de Motivos n. 22). Foi um equívoco: a solução só ocorre para situações em que houver, pelo menos, a adesão à conduta alheia. A autoria incerta, que pode decorrer da autoria colateral, ficou sem solução. No exemplo supracitado, punir a ambos por homicídio é impossível, porque um deles ficou apenas na tentativa; absolvê-los também é inadmissível, porque ambos participaram de um crime de autoria conhecida. A solução será condená-los por tentativa de homicídio, abstraindo-se o resultado, cuja autoria é desconhecida”²⁹⁹.

Outra situação interessante, embora de difícil aplicação prática, a respeito da autoria colateral, é a que envolve a perpetração de crime impossível por um dos agentes, sem que seja possível, novamente, determinar quem causou o resultado.

CLEBER MASSON ilustra a situação com o seguinte exemplo:

“Imagine-se que ‘João’, casado com ‘Maria’, seja amante de ‘Tereza’.
Todas as manhãs, juntamente com a esposa, toma café em casa.
Em seguida, antes de ingressar no trabalho, passa na residência da

ordens para o cometimento de infrações penais deve ser responsabilizado pelos atos dos subordinados que cumpram tais ordens, ainda que não tome parte diretamente na execução dos crimes. Assim, se, por exemplo, o chefe da organização determina que os componentes do grupo matem policiais, deve ser responsabilizado pelos homicídios juntamente com seus autores materiais. A teoria se aplica apenas no âmbito de organizações constituídas para fins ilícitos, não daquelas que operam lícitamente mas são eventualmente utilizadas para a prática de crimes.

299. Ob. cit. p. 395.

amante, que não sabe ser ele casado, para com ela também fazer o desjejum. Em determinado dia, a esposa e a amante descobrem a existência de outra mulher na vida de 'João'. Revoltadas, compram venenos para matá-lo. Na manhã seguinte, o adúltero bebe uma xícara de café, envenenado, em sua casa. Parte para a residência da amante, e também bebe uma xícara de café com veneno. Morre algumas horas depois. Realiza-se perícia, e o laudo conclui pela existência de duas substâncias no sangue de 'João': veneno de rato e talco. 'Maria' e 'Tereza', orgulhosas, confessam ter colocado veneno no café do falecido traidor³⁰⁰.

Neste caso, utilizando o mesmo raciocínio que nos fez concluir pela tentativa no exemplo anterior, soluciona-se o impasse com a isenção de responsabilidade por parte de Maria e de Tereza. Com efeito, embora uma delas seja a autora do homicídio, a outra utilizou meio absolutamente inidôneo para ceifar a vida de João, e, por isso, não tendo havido liame psicológico que pudesse configurar o concurso de pessoas, aplica-se a máxima *in dubio pro reo* em favor de ambas.

4.4. Multidão delinquente

Ocorre o cometimento de crime por multidão delinquente nas hipóteses em que, afastada a associação criminosa ou outra forma de delinquência organizada, o fato ocorre por influência de indivíduos reunidos, que, em clima de tumulto ou manipulação, tornam-se desprovidos de limites éticos e morais. Embora o fato ocorra, normalmente, em situações de excepcional comoção, permanece íntegro o liame subjetivo que, mesmo na multidão, designa o concurso de pessoas.

As situações em que o fato ocorre por ação de multidão criminosa dificulta sobremaneira a individualização da conduta, pois dificilmente é possível estabelecer em pormenores a ação de cada indivíduo.

Efetivamente, se, durante um saque a um supermercado, quarenta indivíduos atuam para promover o arrombamento, e subtraem produtos diversos, dificilmente será possível, em eventual denúncia, particularizar a conduta de cada um, descrevendo, por exemplo, a forma como entrou no local e os produtos que subtraiu.

Por isso, sob pena de obstar a aplicação da lei penal, dispensa-se, nestes casos, a individualização das condutas, bastando que se demonstre a contribuição de cada indivíduo para a causação do resultado.

Nesses casos, a lei penal anuncia uma atenuante de pena, prevista no art. 65, inc. III, e, do Código Penal (salvo para aquele que promoveu ou organizou a cooperação no crime ou dirigiu a atividade dos demais agentes, indivíduo que merece a agravante do art. 62, inc. I, do Código Penal).

300. Ob. cit. p. 597.

4.5. Coautoria

Verifica-se a coautoria nas hipóteses em que dois ou mais indivíduos, ligados subjetivamente, praticam a conduta (comissiva ou omissiva) que caracteriza o delito. A coautoria, em última instância, é a própria autoria delineada por vários indivíduos.

É **imprescindível** que a atuação de cada indivíduo se dê com a consciência de que contribui para a mesma infração penal, em conjunto com os demais, ainda que não haja acordo prévio, como já estudamos quando tratamos dos requisitos do concurso de pessoas. Se não há o vínculo subjetivo, descaracteriza-se o concurso de pessoas, e emerge a autoria colateral (também já estudada).

A relação entre os agentes na coautoria não é de acessoriedade, pois a função desenvolvida por cada um deles é determinante para a obtenção do resultado. Ainda que nem todos executem o mesmo ato, a coautoria se caracteriza pela imprescindibilidade da contribuição de cada um deles.

A coautoria pode ser parcial ou direta.

(A) Será parcial quando os (co)autores se dedicam a atos de execução diversos que, reunidos, possibilitam o alcance do resultado pretendido. É o caso, por exemplo, do crime de roubo em que um agente ameaça as vítimas enquanto outro as subtrai.

(B) Será direta quando todos os (co)autores do crime executam a mesma conduta, como no caso dos indivíduos que, ao mesmo tempo, ameaçam e despojam as vítimas de seus bens.

☒ *É possível coautoria em crime próprio?*

A coautoria é compatível com os crimes próprios tanto se todos os autores forem dotados da característica necessária para a incidência da norma específica quanto se apenas um deles o for e esta característica ingresse na esfera de conhecimento dos demais. Assim, o peculato pode ser cometido por dois funcionários públicos conluiados ou por um funcionário público e um particular que tenha conhecimento de que seu comparsa exerce a função pública e pratica o crime se valendo da facilidade que o cargo lhe proporciona.

☒ *E nos crimes de mão própria?*

Já os crimes de mão própria, em regra, não comportam a coautoria, pois somente podem ser cometidos por determinado agente designado no tipo penal³⁰¹. Exige-se a atuação pessoal do sujeito ativo, que não pode ser substituído por mais ninguém. Aponta a

301. Repetimos aqui um alerta feito nos tópicos pretéritos. Adotada a teoria do domínio do fato, perde sentido a divisão dos crimes próprios e de mão própria, visto que a execução do núcleo deixa de ser o marco do autor. Sugerimos (e aguardamos as pertinentes críticas da doutrina), que os crimes, agora, sejam divididos em **comum** (não exige qualidade ou condição especial do agente) e **próprio** (exige qualidade ou condição especial do agente). Este (próprio), por sua vez, se divide em **simples** (não sendo de conduta infungível) e **especial** (de conduta infungível, substituindo o delito de mão própria).

doutrina apenas uma exceção, consistente na falsa perícia firmada dolosamente por dois ou mais expertos conluiados.

Ainda sobre o tema, fala-se na coautoria sucessiva, que ocorre quando a conduta foi iniciada em autoria exclusiva e a consumação se dá com a colaboração de outro indivíduo, sem que tenha havido prévia combinação.

Finalmente, existe a figura do executor de reserva, que garante presença durante a execução e permanece à disposição para intervir caso seja necessário. Conservando-se à disposição, será considerado partícipe, mas, detectando-se sua intervenção, será coautor.

4.6. Participação (*Animus socii*)

Já adiantamos que o Código Penal não distingue expressamente a autoria da participação, cabendo primordialmente à doutrina apontar a dissonância entre ambos os institutos (ou personagens).

Além disso, as próprias consequências advindas das condutas praticadas pelo coautor e pelo partícipe indicam claramente a diferença existente entre aquele que executa diretamente a ação delituosa e aquele que pratica atos paralelos, que, no mais das vezes não menos importantes, auxiliam para o sucesso da empreitada.

A participação, adotada a teoria formal-objetiva quanto à autoria, consiste na realização de atos que de alguma forma concorram para o crime, sem que o agente ingresse na ação nuclear típica. No dizer de MIRABETE:

“O partícipe não comete a conduta descrita pelo preccito primário da norma, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma hipótese de enquadramento de *subordinação ampliada ou por extensão*, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso, que transforma em típica uma conduta *de per si* atípica”³⁰².

Aponta a doutrina que a participação pode ocorrer por via moral ou material.

A participação moral se dá por instigação ou por induzimento.

A instigação ocorre quando o partícipe reforça ideia já existente na mente do autor, estimulando-o à prática delituosa, sem nela tomar parte. Exemplo: JOÃO descreve a ANTONIO seu desejo de cometer um roubo. Este, diante da narrativa, reforça a ideia, sugerindo inclusive formas de ação.

Já por meio do induzimento, o partícipe faz nascer no agente o propósito, até então inexistente, de cometer o crime. Exemplo: JOÃO, sabendo que ANTONIO passa por dificuldades financeiras, o induz a praticar um furto, para que possam repartir o proveito.

O induzimento ocorre na fase de cogitação, ao passo que a instigação pode ocorrer na cogitação, nos atos preparatórios e até durante a execução, como na situação em que o

302. Ob. cit. p. 231.

partícipe estimula o autor do crime a não desistir voluntariamente da empreitada. Ambos devem se referir a fato determinado e direcionados a pessoa certa, sob pena de configurar incitação ao crime (art. 286 do Código Penal).

A participação material, por sua vez, ocorre por meio do auxílio ao autor do crime (presente a figura do cúmplice). O partícipe facilita a execução do delito, prestando adequada assistência ao autor principal, sem, contudo, tomar parte na execução da ação nuclear típica. É o caso, por exemplo, de alguém que fornece a arma para que o autor cometa um roubo.

O auxílio pode ser prestado durante os atos preparatórios ou executórios, mas, se consumado o delito, somente se considera eventual assistência se previamente acordada entre os agentes. Dessa forma, se JOÃO comete um crime de roubo, e ANTONIO recebe o produto da subtração para assegurar o proveito obtido pelo assaltante, somente será partícipe do roubo se o recebimento houver sido combinado antes da prática criminosa, pois, do contrário, será autor de favorecimento real (art. 349 do CP).

A participação é conduta acessória, que depende, para ter relevância, da conduta principal. Como o partícipe não pratica a ação nuclear típica, sua ação só será punível, em regra, se o autor iniciar os atos executórios do fato a que havia se proposto. Assim, se JOÃO induzir ANTONIO à prática de um roubo, propondo a divisão do proveito do crime, mas a subtração não chega a ser cometida, o induzimento será atípico.

A punição da conduta acessória, dependente da principal, é objeto de divergência resumida em **quatro** teorias:

(A) Acessoriedade mínima: é suficiente a prática, pelo autor, de fato típico para que a participação seja punível. Esta teoria deve ser afastada, pois não se concebe a punição do partícipe se o autor agiu, por exemplo, amparado por legítima defesa, e, em última análise, não praticou infração penal.

(B) Acessoriedade limitada (ou média): a punição do partícipe pressupõe apenas a prática de fato típico e ilícito, afastando-se a necessidade de que o agente seja culpável. Esta é a teoria mais aceita pela doutrina brasileira, embora haja apontamentos no sentido de que a sua aplicação é incompatível com a autoria mediata. Explica FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Realmente, são incompatíveis. Na autoria mediata, a execução do crime é feita por pessoa que atua sem culpabilidade. Aquele que induziu, instigou ou auxiliou não é partícipe, e, sim, autor mediato. A teoria da acessoriedade limitada só tem cabimento entre os que repudiam a autoria mediata, considerando-a uma modalidade de participação”³⁰³.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT levanta interessante questão que envolve a teoria da acessoriedade limitada:

303. Ob. cit. p. 416.

“Pode ocorrer o que os autores têm denominado ‘provocação de uma situação de legítima defesa’, em que o instigador *induz* um terceiro a agredir a outrem, que sabe estar armado. Este reage em *legítima defesa* e mata o *agressor induzido*, que o instigador queria eliminar. Pela *teoria da acessoriedade limitada* o instigador não pode ser punido como partícipe, em razão de o fato principal estar *justificado* para o executor. A solução, no entanto, recomendada pelos alemães é a punição do instigador como *autor mediato* da ação justificada do autor direto. Isso ocorreria porque o *instigador* teria o *domínio final do fato*, apenas se utilizando dos participantes diretos do conflito, como instrumentos de realização da sua vontade criminoso”³⁰⁴.

(C) Acessoriedade máxima: para a punição do partícipe, deve o fato ser típico, ilícito e cometido por agente culpável.

(D) Hiperacessoriedade: a punição do partícipe pressupõe a prática de fato típico, ilícito, por agente culpável, que seja efetivamente punido. Esta teoria também deve ser afastada, pois contém exigência desarrazoada, permitindo a impunidade do partícipe mesmo nos casos em que o autor praticou o crime e se verificou o vínculo subjetivo entre ambos os sujeitos.

4.6.1. Participação em cadeia e participação sucessiva

São possíveis, no âmbito da conduta acessória, a participação em cadeia e a participação sucessiva.

A participação em cadeia ocorre quando alguém induz ou instiga outrem a induzir, instigar ou auxiliar terceira pessoa a praticar um crime.

Exemplo: JOÃO induz ANTONIO a induzir JOSÉ para que este preste auxílio a AUGUSTO na prática de um roubo.

Já a participação sucessiva ocorre quando o mesmo agente é instigado, induzido ou auxiliado por duas ou mais pessoas, sem que estas tomem conhecimento umas das outras, a praticar uma infração penal.

Exemplo: JOÃO induz ANTONIO a praticar um estelionato e este, em contato com JOSÉ, é por ele auxiliado.

4.6.2. Participação negativa

Ainda quanto à participação, temos a chamada participação negativa (ou conivência), situação em que o agente **não** tem qualquer vínculo com a conduta criminosa (não induziu, instigou ou auxiliou o autor), nem tampouco a obrigação de impedir o resultado. Não há, na realidade, participação, pois a simples contemplação de um crime por alguém que não adota medidas para evitá-lo, e nem era obrigado a fazê-lo, não caracteriza

304. Ob. cit. p. 390.

o concurso de pessoas, que exige, dentre outros requisitos, conduta que apresente relevância causal para o alcance do resultado.

5. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES CULPOSOS

A doutrina nacional admite a coautoria nos crimes culposos, desde que dois ou mais indivíduos, agindo vinculados subjetivamente, atuem de forma negligente, imprudente ou imperita. No caso, o liame subjetivo não envolve, obviamente, o resultado, não querido, mas a própria conduta. A inobservância do dever de cuidado é o substrato da coautoria, rechaçando-se a participação, isto é, qualquer ato de que possa derivar o resultado involuntário é considerado ato de autor.

ROGÉRIO GRECO, lembrando as lições de Magalhães Noronha, explica (e exemplifica) o tema:

“Os princípios mostram ser possível a cooperação no crime culposo. Com efeito, neste a ação causal é voluntária e o evento previsível. Ora, se se admite isso para um agente, por que não se admitir para outro? Suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. Não há falar em autor *principal* e *secundário*, em realização e instigação, em ação e auxílio etc. Oficiais do mesmo ofício, incumbia-lhes aquela tarefa, só realizável pela conjugação das suas forças. Donde a ação única – apanhar e lançar o madeiro – e o resultado – lesões ou morte da vítima, também uno, foram praticados por duas pessoas, que uniram seus esforços e vontades, resultando, assim, coautoria. Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão”³⁰⁵.

6. CONCURSO DE PESSOAS EM CRIMES OMISSIVOS

Temos que analisar o assunto alertando que o crime omissivo se biparte em próprio e impróprio. Relembrando:

O agente tem dever genérico de agir (porque é um dever que atinge a todos indistintamente, em razão do dever de solidariedade).	O agente tem o dever jurídico especial/específico de agir para evitar o resultado.
A omissão está descrita no tipo penal mandamental .	A omissão está descrita em cláusula geral (prevista no art. 13, §2º do CP) e não no tipo penal.
Não há personagens próprios.	Pressupondo dever específico, atinge o garantidor, definido no art. 13, § 2º, do CP
O agente responde por crime omissivo .	O agente responde por crime comissivo (praticado por omissão).

305. Ob. cit. p. 466.

Ocorre uma subsunção direta entre o fato (omissão) e a norma (tipo que descreve uma omissão).	Ocorre uma subsunção indireta entre fato (omissão) e norma (tipo que descreve uma ação). Para haver a subsunção indireta é sempre necessária a aplicação combinada do art. 13, §2º do CP com o tipo penal referente ao resultado ocorrido (morte, no homicídio).
--	--

✓ **É possível coautoria em crime omissivo próprio?**

A coautoria em crimes omissivos próprios é objeto de divergência. Para MIRABETE, se dois agentes, diante de situação em que alguém se encontra em perigo, decidem não prestar socorro, embora pudessem fazê-lo sem risco pessoal, respondem individualmente pela omissão, sem que se caracterize o concurso de pessoas³⁰⁶.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT discorda, argumentando que:

“O vínculo subjetivo, caracterizador da *unidade delitual*, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva. Assim como o *comando* é comum nos crimes omissivos, a *proibição* da conduta criminosa é igualmente comum nos crimes comissivos, o que, nem por isso, impede a co-autoria. Do afirmado fica claro que entendemos ser perfeitamente possível a *co-autoria* em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *co-autoras* do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve *consciência e vontade* de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente”³⁰⁷.

E a participação?

Quanto à participação, admite-se. Dá-se por meio de atuação positiva que permite ao autor descumprir a norma que delineia o crime omissivo. É o caso do agente que induz o médico a não efetuar a notificação compulsória da doença de que é portador³⁰⁸.

306. Ob. cit. p. 233.

307. Ob. cit. p. 393.

308. Não se confunde com **participação por omissão em crime comissivo**, caso em que o partícipe, obrigado a agir, abstém-se da prática de um ato, permitindo a ação delituosa pelo autor. Trata-se, por exemplo, da hipótese em que o vigilante não tranca a porta de entrada do estabelecimento para que um comparsa alcance seu interior e subtraia os bens que guarnecem o local.

E nos crimes omissivos impróprios? Cabe coautoria?

Apesar de haver corrente em sentido contrário, nos parece perfeitamente possível a coautoria em crimes omissivos impróprios, desde que os vários garantes, com dever jurídico de evitar aquele determinado resultado, de comum acordo, deixam de agir.

☑ *Cabe participação em crime omissivo impróprio?*

A doutrina majoritária ensina ser possível participação em crime omissivo impróprio.

Exemplo: JOÃO instiga ANTONIO a não alimentar o filho. ANTONIO se omite, como instigado. ANTONIO comete o crime de homicídio por omissão, já que tinha o dever jurídico de evitar o resultado (garante). JOÃO será partícipe.

Conclui Bitendourt:

“Este [o garante] é *autor* do crime ocorrido, do qual tinha o domínio do fato e o dever jurídico de impedir sua ocorrência; aquele, o *instigador*, que não estava obrigado ao comando legal e não dispunha do *domínio* da ação final, contribuiu decisivamente para a sua concretização. Não pode ficar impune, mas tampouco cometeu ilícito autônomo. A *tipicidade* de sua conduta só pode ser encontrada através da *norma integradora*, na condição de *partícipe*”³⁰⁹.

7. PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

Abstratamente, o autor e o partícipe incorrem na mesma pena, pois, em virtude do disposto no art. 29 do Código Penal, todos os que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas.

A aplicação concreta da pena, todavia, variará tanto sobre os coautores quanto sobre os partícipes em virtude da culpabilidade demonstrada por cada integrante da empreitada criminosa, conforme determina a parte final do art. 29 do Código Penal. Se, por exemplo, durante um roubo, praticado em concurso, JOÃO utiliza grave ameaça e ANTONIO emprega violência, este último poderá ter a pena maior do que seu comparsa, não obstante sejam coautores do delito, pois o grau de culpabilidade exibido por cada um deles é diverso.

Além dessas observações, há dois outros temas relativos à punibilidade no concurso de pessoas, estabelecidos no art. 29, que não podem ser esquecidos: a participação de menor importância (§ 1º) e a cooperação dolosamente distinta (§ 2º).

8. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Anuncia o § 1º do art. 29 do Código Penal: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

A participação de que trata o dispositivo é aquela de pouca relevância causal, aferida exclusivamente no caso concreto, com base no critério da equivalência dos antecedentes

309. Ob. cit. p. 393-4.

(*conditio sine qua non*). Trata-se de conduta que contribui para a produção do resultado, mas de forma menos enfática, razão pela qual deve ser encarada com menor rigor.

Note-se que a participação de menor importância se aplica exclusivamente ao titular da conduta acessória, jamais ao autor ou coautores, executores da ação nuclear típica, ainda que lacônica a sua contribuição.

A parte final do § 1º do art. 29 dispõe que “a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”, surgindo daí o questionamento sobre a obrigatoriedade ou a facultatividade da diminuição caso o juiz observe a diminuta importância da participação.

Para MIRABETE a redução da pena é facultativa:

“Podendo o juiz deixar de aplicá-la, mesmo convencido da pouca importância da contribuição causal para o delito. Assim, poderá ocorrer em relação ao sujeito que, embora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revele uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais sujeitos, circunstância que pode autorizar um juízo de equiparação no plano da culpabilidade”³¹⁰.

Com o devido respeito, discordamos. A participação de menor importância, como vimos, é a de reduzida eficácia causal, isto é, aquela que, no plano concreto, embora contribua para o alcance do resultado, não o determina. Tratando-se de critério objetivo, a ser aplicado à luz do caso concreto, não nos parece correto invocar aspectos subjetivos, que a lei não exige, para impedir a redução da pena se a contribuição do partícipe efetivamente não revela, diante da equivalência dos antecedentes, maior relevância para o sucesso da empresa criminosa.

O raciocínio é equivalente àquele que justifica a adoção da teoria objetiva em relação à tentativa, isto é, não importa a intensidade do dolo revelada pelo agente, mas apenas os atos que efetivamente foram praticados. Da mesma forma, importa, para caracterizar a participação de menor importância, apenas a relevância concreta dos atos praticados pelo partícipe.

Na lição de BITENCOURT:

“A faculdade resume-se ao grau de redução entre um sexto e um terço da pena. Reconhecida a participação de menor importância, a redução se impõe. Será, porém, *facultado* ao juiz reduzi-la em maior ou menor grau, se constatar maior ou menor *intensidade volitiva* do partícipe, se constatar maior ou menor culpabilidade deste. Poderá efetuar a redução no sentido inverso da intensidade da culpabilidade: maior censurabilidade, menor redução, menor censurabilidade, maior redução”³¹¹.

310. Ob. cit. p. 237-8.

311. Ob. cit. p. 397.

A participação de menor importância não se confunde com a participação inócua ou desnecessária, que é aquela destituída de qualquer relevância, em nada contribuindo para o alcance do resultado, e que, portanto, não é punível.

9. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Na cooperação dolosamente distinta percebe-se o desvio subjetivo de condutas entre os agentes, em que um dos concorrentes do crime pretendia integrar ação criminosa menos grave do que aquela efetivamente praticada. Neste caso, ser-lhe-á aplicada a pena do crime que pretendia cometer, aumentada até metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave (art. 29, §2º).

Tendo o Código Penal utilizado o termo “*concorrentes*”, aplica-se a disposição tanto aos coautores quanto aos partícipes.

Exemplo 1: JOÃO determina a ANTONIO que mantenha MARIA em cárcere privado, mas ANTONIO, excedendo o mandato, decide exigir o pagamento de resgate por parte da família de MARIA;

Exemplo 2: JOÃO e ANTONIO iniciam, em concurso, um roubo na residência de MARIA, mas, durante a execução, ANTONIO decide estuprar MARIA, à revelia de seu comparsa, que se encontrava em outro cômodo da casa.

Em ambos os casos, o primeiro de participação e o segundo de coautoria, houve desvio subjetivo, pois um dos agentes não pretendia cometer os crimes de extorsão mediante sequestro e de estupro.

A aplicação da pena relativa ao crime menos grave de que o agente quis participar tem como finalidade impedir a responsabilidade objetiva no concurso de pessoas, pois, se o crime mais grave não integrou a esfera volitiva do agente, não é possível lhe atribuir o resultado daí advindo. Na realidade, em virtude da ausência de liame subjetivo, sequer se pode considerar perfeito o concurso de pessoas, existente apenas sobre o delito menos grave.

O dispositivo anuncia que a previsibilidade do resultado mais grave continua merecendo a pena do crime menos grave, mas aumentada até a metade, já que a conduta é mais reprovável. É evidente que a disposição legal se caracteriza pela justiça na atribuição da responsabilidade penal, mas, conforme aponta BITENCOURT, lembrando Damásio, existem inadequações:

“Os chamados crimes *preterdolosos*, aqueles em que se costuma afirmar que há *dolo no antecedente e culpa no consequente*, como é o caso da lesão corporal seguida de morte, apresentam uma verdadeira *vexata quaestio*. Pela disposição da Parte Especial, o *autor* que, querendo produzir lesões corporais, acaba causando a morte, mesmo não a desejando, responde pelo delito de lesões corporais seguidas de morte. O *partícipe* [utiliza o autor o exemplo em que “A” determina a “B” que dê uma surra em “C”], nas mesmas circunstâncias, segundo a norma em exame, responderá pelos delitos

de lesões corporais. Se o crime mais grave for previsível, sua pena será aumentada até a metade. Um verdadeiro contra-senso: o *autor* ou *co-autor* receberia uma pena mínima de quatro anos, e o partícipe, três meses de detenção, que poderá ser elevada até quatro e meio”³¹².

Conforme aponta o mesmo autor, é possível a solução desta questão utilizando a diferenciação, que a doutrina promovia, entre o excesso nos meios e o excesso no fim. Verifica-se o excesso nos meios quando os agentes combinam determinados meios para a prática do crime e o executor utiliza outros, que não ingressam na esfera de conhecimento do partícipe, excluindo, pois, sua responsabilidade pelo resultado mais grave.

10. COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONDIÇÕES E ELEMENTARES

Dispõe o art. 30 do CP: “*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”.

De início, impõe-se a distinção entre circunstâncias, condições e elementares.

Circunstâncias são elementos que se alojam no entorno do fato, isto é, não integram a figura típica primária, mas agregam dados que podem significar o aumento ou a diminuição da pena. São **objetivas** quando dizem respeito ao fato, como o rompimento de obstáculo no furto, e **subjetivas** quando se referem ao agente ou aos motivos do crime, como o motivo torpe no homicídio ou a qualidade de funcionário que sirva apenas para aumentar a pena (art. 297, § 1º).

Já as **condições** são elementos inerentes ao indivíduo, considerados em sua relação com os demais, e existentes independentemente da prática do crime, como a idade menor de vinte e um anos, a reincidência e as relações de parentesco.

As **elementares**, por sua vez, representam a própria figura criminosa em suas características constituintes, fundamentais. Assim como as circunstâncias, podem ter caráter **objetivo** (como a posse ou a detenção na apropriação indébita) ou **subjetivo** (como o exercício da função pública no crime de corrupção passiva).

O critério para identificar se determinado aspecto relativo ao crime é elementar ou circunstância é o da exclusão. Se excluída uma elementar, o fato se torna atípico ou passa a se amoldar a outro tipo penal.

Exemplos: se no furto a subtração recai sobre coisa própria, desaparece a elementar “coisa alheia”, tornando-se atípico; se a subtração de um bem pertencente à Administração Pública for praticada por funcionário público, sem que este se valha de seu cargo, desaparece a elementar “valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”, mas o fato se subsume ao art. 155 do Código Penal, que tipifica o furto.

312. Ob. cit. p. 398.

Se, por outro lado, excluída uma circunstância, o tipo permanece íntegro, apenas com alteração da pena.

Exemplo: no crime de falsificação de selo ou sinal público, o fato de o agente ser funcionário público constitui majorante, mas, se esta qualidade não se faz presente, a conduta se subsumirá ao mesmo tipo básico, permanecendo típica.

Traçadas estas características, cumpre-nos a análise do art. 30 do Código Penal.

Extraem-se do dispositivo **três** possibilidades:

(A) as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, respeitantes exclusivamente ao agente que as ostenta, não se comunicam, ainda que integrem o conhecimento dos demais. Apenas o agente reincidente (condição pessoal) será alcançado pela agravante, mesmo que seus comparsas tenham ciência de sua vida pregressa.

(B) as circunstâncias e condições de caráter objetivo sempre se comunicam, desde que os demais agentes tenham conhecimento a seu respeito.

Exemplo: JOÃO, ANTONIO e JOSÉ combinam a prática de um roubo, sendo que JOÃO o faz ostentando arma de fogo, com a concordância dos demais. Neste caso, todos responderão por roubo majorado pelo emprego da arma, mesmo que apenas um deles a tenha utilizado.

(C) as elementares sempre se comunicam, tenham caráter objetivo ou subjetivo, com o pressuposto de que ingressem na esfera de conhecimento dos demais agentes.

Exemplo: se um funcionário público, valendo-se das facilidades que lhe proporciona o cargo, se reúne com mais três indivíduos, estranhos à Administração, mas cientes de sua qualidade, para subtrair bens de uma repartição pública, todos respondem por peculato, pois a qualidade de funcionário é elementar, e, se do conhecimento de todos, comunica-se para alcançá-los.

11. PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL

De acordo com o disposto no art. 31 do Código Penal, não se pune, salvo disposição em contrário, o ajuste (acordo promovido entre suas ou mais pessoas), a determinação (ordem emanada de pessoa determinada), a instigação (reforço da ideia já existente na mente do auto-) e o auxílio (assistência material), se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Vimos que a participação, como forma de concurso de pessoas, deve ser dotada de eficiência causal, isto é, embora não determine o alcance do resultado, tem como pressuposto, lastreada que é na equivalência dos antecedentes, a efetiva contribuição para o desenlace do fato criminoso. A conduta do partícipe, ademais, é acessória, dependente da ação do autor para que adquira a relevância necessária.

Não fosse bastante, sabe-se que, em regra, não se pune o crime se não houve, ao menos, a tentativa, a não ser quando a própria lei prevê a punição de atos que normalmente

seriam considerados preparatórios, como ocorre no crime de associação criminosa (anterior quadrilha ou bando).

É em decorrência disso que o art. 31 do Código Penal dispõe que não se pune o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio se o crime não vier a ser executado, pois, neste caso, a conduta acessória não teve nenhuma relevância para o desdobramento causal, que sequer se verificou.

Exemplo: JOÃO, vigilante de determinado estabelecimento comercial, ajusta com ANTONIO e JOSÉ um furto no local, comprometendo-se a não acionar o alarme de segurança. Se ANTONIO e JOSÉ limitarem-se a planejar a ação, sem ao menos tentá-la, o ajuste promovido por JOÃO não será punido.

O art. 31 do Código Penal, todavia, afasta esta regra nas hipóteses em que houver “disposição expressa em contrário”, que é o caso da associação criminosa (art. 288 do CP) e da incitação ao crime, em que o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio podem configurar crimes autônomos. Com efeito, abstraída a exceção estabelecida pelo dispositivo, não seria admitida a punição de indivíduos que se associassem para o fim de cometer crimes, a não ser que estes efetivamente viessem a ocorrer, pois o ajuste, no caso, seria impunível. Da mesma forma, o sujeito que incitasse (forma de instigar), publicamente, a prática de crime, não poderia ser responsabilizado a menos que alguém cometesse o delito objeto da incitação.

Parte 3

TEORIA GERAL DA PENA

Capítulo I

CONCEITO E FUNDAMENTOS DE PENA

Sumário • 1. Introdução; 2. Finalidades (ou funções) da pena; 2.1. Finalidade da pena no Brasil; 3. Justiça restaurativa; 4. Princípios informadores da pena; 5. Penas proibidas no Brasil; 6. Penas permitidas no Brasil

1. INTRODUÇÃO

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade.

É sabido (e comprovado) que a convivência harmônica dos integrantes de uma sociedade depende do poder punitivo estatal. Trata-se, portanto, de uma forma de controle social irrenunciável.

LUIZ FLÁVIO GOMES e **ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA** anunciam os fundamentos ou justificação da pena:

“1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.

2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.

3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser ‘moral’, liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa.”¹

2. FINALIDADES (OU FUNÇÕES) DA PENA

Para a Escola Clássica (Francesco **Carrara**), a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: “*punitur ne peccetur*”. É necessidade ética, reequilíbrio do sistema: *punitur quia peccatum est*.

1. Ob. cit., vol. 2, p. 459.

Já para os seguidores da Escola Positiva (**CESARE LOMBROSO**), a pena funda-se na defesa social; objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo. **RAFAEL GAROFALO**, por exemplo, vê a pena como forme de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte.

A Terza Scuola Italiana (**EMANUELE CARNEVALE**), por sua vez, ampara-se em conceitos clássicos e positivistas.

Na Escola Penal Humanista (**Vicenzo Lanza**), a pena é forma de educar o culpado. Pena é educação.

Para a Escola Técnico-jurídica (**VINCENZO MANZINI**), a pena surge como meio de defesa contra a perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente.

De acordo com os adeptos da Escola Moderna Alemã (**FRANZ VON LIZST**), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social; função preventiva geral negativa (coação psicológica).

A Escola Correcionalista (**KARL DAVID AUGUST RÖEDER**) entendia a pena como correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada.

Para os seguidores da Escola da Nova Defesa Social (**FILIPPO GRAMATICA**), a pena é uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão.

Em suma, desde a Idade Média a finalidade da pena é objeto de intenso debate.

Para os **absolutistas**, a imposição da pena é uma decorrência lógica da delinquência, visando apenas a retribuir o mal causado.

Já para os **utilitaristas**, a pena atua como um instrumento de prevenção, um meio para alcançar determinadas finalidades. De acordo com a **prevenção geral negativa**, a pena deve coagir psicologicamente a coletividade, intimidando-a. Na perspectiva da **prevenção geral positiva**, o objetivo da pena é demonstrar a vigência da lei (existência, validade e eficiência). A intenção, aqui, não é intimidar, mas estimular a confiança da coletividade na higidez e poder do Estado de execução do ordenamento jurídico. Já na ótica da prevenção especial, a pena é direcionada à pessoa do condenado. Sob o enfoque da **prevenção especial negativa**, a pena deve servir para inibir a reincidência, não se confundindo com a **prevenção especial positiva**, onde a preocupação é a ressocialização do delinquente. Somente a recuperação do condenado faz da pena um instituto legítimo. Ademais, a própria sociedade se beneficia desta espécie de prevenção, já que, ao retornar para o convívio, o indivíduo estará mais bem preparado para respeitar as regras impostas pelo Direito.

Por fim, temos os **eccléticos**, responsáveis pela reunião das teorias absolutas e preventivas. Entendem que não é possível dissociar uma e outra finalidade da pena, porque a imposição da sanção penal é sempre um castigo e um meio para prevenir (prevenção geral e especial).

2.1. Finalidade da pena no Brasil

O Código Penal não se pronunciou sobre qual teoria adotou, mas modernamente entende-se que a pena tem **tríplice finalidade** (polifuncional):

- (A) retributiva;
- (B) preventiva;
- (C) reeducativa, cada uma dessas identificada em um momento próprio, específico.

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (**pena em abstrato**), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva^{2,3}), buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa).

Praticado o crime, no momento da sentença (**aplicação da pena**), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial.

2. Há quem sustente que a prevenção geral positiva seja a primordial função da pena: “A pena, no que se expôs até agora e, ao contrário daqueles que defendem uma função intimidatória, não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os integrantes da sociedade, como potenciais vítimas delas, para que se assegure a todos sobre a vigência da norma infringida. Assim, apesar da infração realizada, serve para demonstrar que a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira. Num pensamento similar, Carrara já defendia esta ideia quando afirmava que a pena não se dirigia propriamente ao delinquente, tampouco a que se fizesse Justiça. Para Carrara o fim da pena não está dirigido à realização da Justiça, vingança, ressarcimento do dano, expiação do delito ou a própria correção do infrator, pois todas estas coisas podem ser consequências acessórias da pena e também podem ser até desejadas, mas a pena seria também incriticável ainda que faltassem todos esses resultados. É que o fim primário da pena seria o “restabelecimento da ordem externa da sociedade”.

Todas essas considerações são corretas na medida em que se verifique que o dano causado com a realização do delito, de fato, não pode ser reparado. O mais clássico exemplo é o caso do homicídio, não há qualquer reparação que se faça com a aplicação da pena neste tipo de crime. Portanto, o que se deve reforçar é que matar é incorreto, e quem assim agiu marcou sua pauta (comportamento) em desconformidade com a norma. Não é a sociedade que deve reorganizar-se, mas o autor que agiu de forma incorreta. Mas isso não significa que a pena deve atuar sobre o culpado, ao contrário, a pena está destinada a atuar mais sobre os outros do que sobre aquele, no sentido de tranquilizá-los tanto a respeito do próprio delinquente como a respeito de seus temidos imitadores” (CALLEGARI, André Luís. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal. A função da pena numa dogmática jurídico-penal normativista*. RT. vol. 4. p. 131/137. Out / 2010).

3. À luz do funcionalismo penal, a prevenção geral positiva pode ser encarada de duas maneiras, a depender da vertente funcionalista em que se baseie a análise. Para o funcionalismo teleológico, que, vimos na teoria da conduta, tem como expoente Claus Roxin e estabelece como função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral positiva tem função relativa – ou seja, não isolada – consistente na reafirmação da confiança, pela sociedade, na eficácia do ordenamento jurídico. Já para o funcionalismo sistêmico, ligado a Günther Jakobs, que vê no Direito Penal a missão de assegurar a vigência do sistema, a prevenção geral positiva tem função absoluta – ou seja, única – consistente apenas na garantia de validade da norma, que teria sua eficácia abalada se, diante da violação, não houvesse resposta. Enquanto o primeiro conceito, seguindo a linha teórica do funcionalismo teleológico, enxerga na prevenção geral positiva uma forma de reforçar a confiança no sistema legal de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais, o segundo, com a carga teórica do funcionalismo sistêmico, veicula a finalidade de estabilizar a ordem normativa por meio da confiança no direito.

Como bem alerta Paulo Queiroz, nesta fase [sentença] não se tem a pretensão de fazer da decisão um exemplo para outros possíveis infratores, em nome da prevenção geral de futuros delitos (positiva ou negativa), sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. Recorrer à prevenção geral na fase de individualização da pena seria tomar o sentenciado como puro instrumento a serviço de outros⁴.

Por fim, na etapa da **execução penal** concretiza-se a retribuição e prevenção especial (disposições da sentença), ganhando relevo a prevenção especial positiva (ressocialização).

O caráter reeducativo (ou educativo) assume importância máxima. A própria Lei de Execução Penal, no seu artigo 1º, dispõe:

“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Em síntese:

Momento	Finalidade da Aplicação Da Pena
PENA EM ABSTRATO (pena cominada)	PREVENÇÃO GERAL Visa a sociedade e atua antes da prática do delito.
PENA EM CONCRETO (pena aplicada)	PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA Visa o delinquente, buscando evitar a reincidência.
	RETRIBUIÇÃO Visa retribuir com o mal o mal causado.
PENA NA EXECUÇÃO (pena executada)	EFETIVAR AS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA Visa o delinquente, objetivando ressocializá-lo.
	PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

Nesse contexto, tem adquirido importância no cenário jurídico-penal a **Justiça Restaurativa**, baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade). Sustenta que, diante do crime, sua solução perpassa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (de paz e higidez das relações sociais). Representa um rompimento com a tradicional “usurpação”, pelo Estado, da relação vítima-infrator, possibilitando o surgimento de uma “terceira via”, quebrando a dualidade

4. Ob. cit., p. 311.

da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a reparação como nova possibilidade.

Distinguindo o enfoque retribucionista do restaurativista, apresentamos o quadro abaixo:

O crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado (vítima formal e constante).	O crime é ato que afeta autor, vítima e a sociedade.
A responsabilidade do agente é individual.	Propõe responsabilidade social pelo ocorrido, concitando, por isso, a comunidade para participar da solução para o crime.
O interesse na punição é público.	O interesse maior é reparar o dano, envolvendo, para tanto, os personagens do crime.
Predomina a indisponibilidade da ação penal.	Predomina a disponibilidade da ação penal.
O foco é punir o infrator.	O foco é reparar o dano.
Como resposta estatal, predominam as penas privativas de liberdade.	Predomina a reparação do dano e das penas alternativas à privativa de liberdade.
Campo fértil para penas cruéis e desumanas.	As penas, quando necessárias, são proporcionais e humanizadas.
Percebe-se a pouca assistência à vítima.	O espírito é assistir a vítima

Embora não represente o ideal mais puro de Justiça Restaurativa, a Lei nº 9.099/95 é um marco inicial no campo legislativo, viabilizando a nova forma de interação em torno do crime, aproximando ofendido e infrator na busca da reparação do dano. A Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP) confirma essa tendência, a partir do momento em que permite ao Juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo indenizatório à vítima.

4. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PENA

Com a prática do crime, nasce para o Estado o dever/poder de punir o infrator, aplicando-se a sanção penal cominada no preceito incriminador. No entanto, na tarefa de aplicar a pena, o Estado-Juiz deverá observar os princípios (expressos e implícitos) previstos na CF/88. Vejamos.

(A) Princípio da legalidade (reserva legal e anterioridade)

Representado pelo brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, este princípio foi analisado no começo da obra, mais precisamente no tópico “princípios gerais do direito penal”, para onde remetemos o leitor, evitando enfadonha repetição.

(B) Princípio da personalidade ou intransmissibilidade

O princípio da personalidade das penas está insculpido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio*

*transferido*⁵. Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade.

Como se percebe, o postulado em estudo representa a impossibilidade de se transferir a pena para os sucessores, descendentes ou ascendentes do infrator. Só responde penalmente quem cometeu o delito ou para ele (delito) concorreu de qualquer modo.

Discute-se se o princípio da pessoalidade tem caráter absoluto ou relativo.

Para **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**, é relativo, admitindo exceção prevista na própria Constituição, qual seja, a pena de perda de bens:

“A Magna Carta abre uma exceção a esse princípio ao estatuir que a pena de perda de bens pode ser aplicada aos sucessores (*inter vivos* ou *causa mortis*) do condenado até o limite do patrimônio transferido. É inegável o reflexo da condenação aos familiares do detento, que se vêem privados de seu convívio e de seu apoio econômico. Visando amenizar esse inconveniente efeito, a nossa legislação consagra o direito de visita ao preso e o auxílio-reclusão aos dependentes do condenado.”⁶.

Ousamos discordar. O princípio deve ser encarado como garantia absoluta do cidadão. A perda de bens, referida no art. 5º, XLV, da CF/88, na verdade não é pena, mas efeito da sentença, uma obrigação. Nesse sentido ensinam **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA**:

“A pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV). A prisão não passa ao sucessor do condenado. E a multa: Tampouco passa aos herdeiros [pois, apesar de executada como dívida ativa, não perde seu caráter penal]. Quais obrigações passam aos sucessores? Duas obrigações somente obrigam os sucessores: (A) obrigação de indenizar (nos limites da herança) e (B) obrigação de respeitar o perdimento de bens (confisco, v.g.)”⁷.

(C) Princípio da individualização da pena

Dispõe o artigo 5º, XLVI, CF/88: “a lei regulará a **individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (grifamos).

A individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: **a)** na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; **b)** na imposição da pena pelo juiz; **c)** e na fase de **execução** da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º LEP).

5. A Convenção Americana de Direitos Humanos também disciplina o princípio, prevendo que “a pena não pode passar da pessoa do condenado” (art. 5º, 3, CADH).

6. Ob. cit., p. 435.

7. Ob. cit., p. 511.

Sobre o tema, **ZAFFARONI** e **PIERANGELI** esclarecem:

“O CP brasileiro segue o sistema conhecido como o das penas ‘relativamente indeterminadas’. Salvo as penas que por sua natureza não admitem a quantificação, as demais são estabelecidas legalmente de forma relativamente indeterminada, isto é, fixando um mínimo e um máximo, possibilitando, sempre, uma margem para a consideração judicial, de conformidade com as regras gerais de que é o juiz que deve concretizá-las no caso concreto.

Esse sistema opõe-se, na legislação comparada, ao chamado sistema de ‘penas fixas’, nas quais o Código não outorga ao juiz nenhuma faculdade individualizadora. Este último sistema não mais existe na legislação comparada contemporânea, e decorre de um critério eminentemente retributivo e intimidatório. Vigorou, entre nós, no Código Criminal do Império (1830).”⁸.

Com base nesse princípio, o STF tem julgado inconstitucional a (crescente) opção legislativa de criar, para alguns crimes, regime fechado obrigatório para o início do cumprimento da pena, opção essa que subtrai do magistrado o dever de aquilatar as circunstâncias que rodeiam o caso concreto⁹.

(D) Princípio da proporcionalidade

A história do Direito Penal nos revela que reprimendas previstas e/ou aplicadas para os autores de atos lesivos nem sempre se adequaram à gravidade do fato praticado. Foi durante o Iluminismo, marcado pela obra de **CESARE BECCARIA**, que se despertou maior atenção para a proporcionalidade na resposta estatal.

Nas palavras do **MARQUÊS**:

“Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado”¹⁰.

Num Estado Democrático de Direito, “a proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.”¹¹.

Trata-se de princípio implícito, desdobramento lógico do mandamento da individualização da pena. Para que a sanção penal cumpra a sua função, deve se ajustar à relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente.

8. Ob. cit., p. 741.

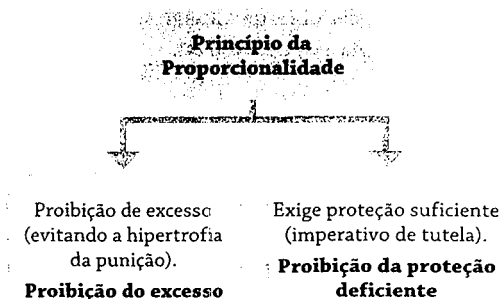
9. HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006); HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010). HC 105779/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 8.2.2011.

10. Ob. cit., p. 49.

11. ROQUE, Fábio Araújo. *O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Jus-Podivm, 2011, p. 117-9.

Alertamos, no entanto, que o princípio em estudo não pode compreender apenas a proibição do excesso. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) também a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto à insuficiência da resposta do Estado punitivo. Nesse sentido, o STF:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)” (STF – Segunda Turma – HC 104410 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 27/03/2012).



A proporcionalidade deve ser observada em **dois** momentos distintos:

(i) **Plano abstrato**: deve o legislador, ao tornar típico determinado fato, atentar-se para o liame existente entre a conduta e suas consequências, a fim de estabelecer a reprimenda em patamar adequado não somente à reparação pelo dano ao bem jurídico tutelado, como também para atender integralmente às finalidades da pena;

(ii) **Plano concreto**: o julgador, antes de estabelecer a reprimenda, deverá observar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, as circunstâncias e as características da prática da infração penal, para, somente após, aplicá-la em concreto. Assim, por exemplo, deve ser mais severamente punido o agente que, num crime de roubo, emprega violência, do que aquele que, nas mesmas circunstâncias, efetua a subtração mediante grave ameaça.

(E) Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade da pena.

Nas palavras de Flávio Monteiro de Barros, “a pena, desde que presentes os seus pressupostos, deve ser aplicada e fielmente cumprida”¹².

Este princípio deve conviver com o da necessidade concreta da pena (art. 59 do CP), de modo que, constatada a desnecessidade da resposta estatal, o juiz tem o poder de não aplicá-la, como ocorre no perdão judicial (a exemplo do art. 121, §5º, do CP).

(F) Princípio da dignidade da pessoa humana

A ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.

O artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos anuncia: “*Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*” (§1º). “*Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano*” (§2º).

A Constituição Federal de 1988 disciplina quais penas **não** serão admitidas em nosso ordenamento. Assim, “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*” (art. 5º, XLVII, CF/88). Nas palavras de Luigi Ferrajoli: “um Estado que mata, que tortura, que humilha o cidadão, não só perde qualquer legitimidade, como contradiz a sua própria razão de ser, colocando-se no mesmo nível dos delinquentes”¹³.

(G) Princípio da vedação do *bis in idem*

Este princípio não está previsto expressamente na Constituição, mas sim no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional: “*Art. 20. Ne bis in idem. 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2 – Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.*”

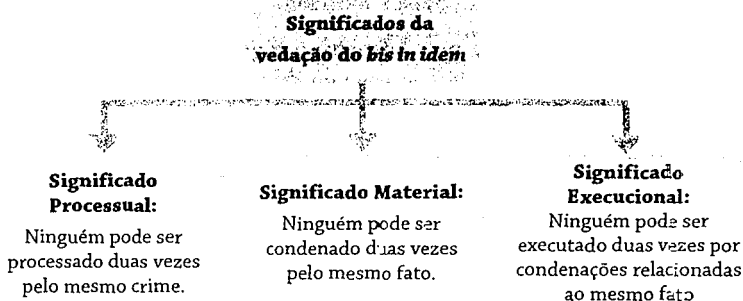
Entende-se, majoritariamente, que o princípio em estudo não é absoluto. O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 20, 3, prevê a possibilidade de julgamento por mesmo fato nos casos dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, desde que o primeiro tribunal a realizar o julgamento tenha tentado subtrair a competência do Tribunal Internacional ou não tenha havido a imparcialidade necessária à ação da justiça. Entre nós, a exceção ao princípio do *non bis in idem* se encontra no artigo 8º, que autoriza novo julgamento e condenação pelo mesmo fato, nos casos de extraterritorialidade da lei penal brasileira (vide item “eficácia da lei penal no espaço”).

12. Ob. cit., p. 436.

13. Ob. cit., p. 90-1.

O princípio do *non bis in idem* tem três significados:

- (i) **Processual:** ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime;
- (ii) **Material:** ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato;
- (iii) **Execucional:** ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo fato.



Em julgamento recente, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, aplicando o significado **material** da vedação ao *bis in idem*, anulou a segunda decisão proferida em desfavor de agente processado e condenado em duas comarcas distintas por um mesmo crime¹⁴. Apesar de ser mais favorável do que a primeira decisão condenatória, entendeu o Pretório Excelso que a segunda não poderia existir, já que ninguém pode ser condenado uma segunda vez pelo mesmo fato.

Em síntese, de acordo com o princípio *non bis in idem*, veda-se o processo, a condenação e a execução de alguém mais de uma vez pela prática do mesmo ato.

Há doutrinadores que defendem ser a reincidência uma violação ao princípio em estudo, já que se trata de hipótese em que o crime anterior, pelo qual o sujeito já foi condenado, será novamente considerado para agravar a pena aplicada em razão de nova prática delituosa.

É o que ensina, por exemplo, PAULO QUEIROZ:

“O legislador, porém, não raro o viola claramente. Exemplo disso é a adoção do instituto da reincidência (CP, arts. 61, I e 63), uma vez que, ao se punir mais gravemente um crime, tomando-se por fundamento um delito precedente, está-se em verdade valorando e punindo a segunda vez a infração anteriormente praticada, em relação à qual já foi o autor sentenciado, chegando-se por vezes a absurdos, como, por exemplo, estabelecer o juiz, depois de fixar a pena-base em seis anos de reclusão (tráfico de drogas), um aumento de dois terços

14. STF – Primeira Turma – HC 101131 – Rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio – DJe 09/11/2011.

em face da reincidência, aplicando pena definitiva de dez anos. Nota: o crime anterior (um furto) fora apensado em dois anos de prisão, pena inferior ao aumento decorrente da reincidência (4 anos)!¹⁵.

Concessa venia, não nos alinhamos a esse posicionamento. Primeiramente, porque quando o juiz considera a reincidência, não está utilizando propriamente o fato passado em desfavor do agente; o que justifica a agravante é o fato de o mesmo indivíduo ter novamente violado a ordem jurídica, a despeito de devidamente punido pela prática delitiva anterior. Logo, não se pode afirmar que há nova punição sobre o fato, mas, sim, que a reiteração na prática de condutas que atentam contra a regular convivência social sofre (e deve mesmo sofrer) reprimenda mais severa.

Além disso, o Código Penal não traz patamares mínimo e máximo para as hipóteses em que o juiz considera a reincidência. Como se trata de circunstância agravante, deve o julgador, no exercício de seu prudente arbítrio, determinar o *quantum* da elevação da pena, sempre em obediência ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, não se pode olvidar que a aplicação da agravante da reincidência atende ao princípio da individualização da pena, pois faz com que se puna com maior rigor um indivíduo costumeiro violador da ordem jurídica. Configuraria clara injustiça, por exemplo, apenar-se de forma idêntica um furtador primário e um contumaz ofensor ao patrimônio alheio.

Este entendimento é o adotado pelos dois Tribunais Superiores^{16,17}.

5. PENAS PROIBIDAS NO BRASIL

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, anuncia as penas proibidas no Brasil:

“não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. Vejamos.

(A) Pena de morte

A pena de morte, em regra, está proibida, mas a própria CF/88 abre exceção, podendo ser aplicada (por fuzilamento) por tribunais militares, em caso de guerra externa¹⁸, nas hipóteses definidas no Código Penal Militar¹⁹.

15. Ob. cit., p. 50.

16. STF – Segunda Turma – HC 94236 – Rel. Min. Teori Zavascki – DJe 19/06/2013.

17. No Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, entende-se que *“Esta Corte já assentou a ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais”* (STJ – Sexta Turma – HC 159.590 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 22/08/2013).

18. A guerra deve ser evidente e legalmente declarada, por ato presidencial, mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional. Conflito armado, guerrilha urbana ou qualquer perturbação que não configurem guerra nos termos constitucionalmente estabelecidos, não admitem a pena capital

Apesar de a proibição constitucional admitir somente uma exceção (guerra declarada), a doutrina elenca outras **duas**:

(i) A Lei nº 7.565/86, no seu artigo 303, §2º, autoriza o “abate” de aeronave considerada hostil ou suspeita sobrevoando o espaço aéreo nacional. Trata-se da **medida de destruição**, que consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave rotulada invasiva e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra (art. 5º do Decreto nº 5.144/2004). Embora haja formalidades a serem observadas antes do “abate”, o fato é que, dada as condições de urgência, representa sanção capital²⁰.

(ii) De igual modo, o artigo 24 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prescreve como pena à pessoa jurídica causadora de danos ao meio ambiente o encerramento das suas atividades, o que, sob certa ótica, configura também pena de morte.

(B) Penas de caráter perpétuo

As penas de caráter perpétuo são igualmente vedadas, opção política confirmada pela simples leitura do artigo 75 do Código Penal:

“O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”.

Alguns estranham o fato de o Brasil ter subscrito, sem ressalvas, o Estatuto de Roma (criador do Tribunal Penal Internacional) que, no seu artigo 77, 1, “b”, autoriza, nos crimes afetos à sua jurisdição, a imposição dessa espécie de sanção. A uma, deve ser lembrado que o Estatuto não admite ressalvas pelo país signatário. A duas, o conflito entre nossa CF (que proíbe pena perpétua) e o Estatuto (que permite essa pena) é meramente **aparente**, como bem explica VALÉRIO MAZZUOLI:

“A C.F. quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo está direcionando seu comando tão-somente para o legislador interno

como resposta estatal. Discute-se se é possível a pena de morte na guerra preemptiva, isto é, uma guerra decidida diante de provas de uma ameaça iminente à soberania de um Estado.

19. Eugênio Raúl Zaffaroni e Pierangeli, discorrendo sobre o tema, ensinam que morte jamais pode ser rotulada como pena, faltando-lhe cumprir as finalidades de prevenção e ressocialização. A chamada “pena de morte” não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente. Não se trata de uma pena, mas de um simples impedimento físico, como amputar uma mão do batedor de carteiras ou erguer um muro que impeça o avanço de pedestres e veículos. Não é pena sequer no âmbito do direito penal militar de tempo de guerra. A guerra, aliás, é o fracasso do direito, é um fenômeno que escapou ao direito. Frente a esse fenômeno, a legislação de guerra não faz mais do que prever algumas consequências desta especial circunstância, dentre as quais cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, isto é, de inexigibilidade de conduta diversa (ob. cit., p. 743).
20. A Lei nº 12.432/2011 alterou o Código Penal Militar para estabelecer a competência da Justiça Militar para processar e julgar os casos em que o abate não atenda às formalidades exigidas, hipótese em que será considerado crime.

brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais”²¹.

Veremos logo mais a discussão que gira em torno das medidas de segurança, espécie de sanção penal imposta em caso de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade) do agente. Tendo caráter essencialmente curativo – e não punitivo –, o artigo 97, §1º, do Código Penal que estabelece um tempo mínimo para a medida, sem fixar o limite máximo de sua duração. Para uma primeira corrente, a finalidade da medida é realmente incompatível com prazo máximo, devendo perdurar enquanto não cessada a periculosidade do agente²². Uma segunda orientação ensina que a indeterminação do prazo da medida de segurança é inconstitucional, não podendo a sanção ultrapassar o limite de 30 anos (o mesmo para as penas privativas de liberdade). Por fim, temos corrente no sentido de que o tempo de cumprimento da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável²³.

(C) Pena de trabalhos forçados

No Brasil nenhum preso pode ser obrigado a cumprir pena mediante trabalhos forçados. Essa pena proibida não se confunde, de modo algum, com o trabalho estabelecido na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que, embora seja obrigatório (art. 31) e constitua dever do preso (art. 38, V), não é pena, possui finalidade educativa e produtiva (art. 28), sendo, ainda, remunerado (art. 29).

(D) Pena de banimento

A pena de banimento, que constitui a expulsão do nacional, nato ou naturalizado, do nosso território.

(E) Pena de natureza cruel

Vimos que ninguém pode ser imposta pena **ofensiva à dignidade da pessoa humana**, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais. A pena privativa de liberdade, permitida no Brasil, não pode ser executada em celas escuras e insalubres, forma cruel e desumana de execução. Alertam JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“O corpo humano é intangível para o Estado, e a integridade física do condenado deve ser protegida, tanto em relação ao tipo de pena, quanto com a forma com a qual se executam sanções que indiretamente possam encobrir tratamentos desumanos, como são as privativas de liberdade”²⁴.

21. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 90.

22. STJ – Quinta Turma – HC 145510 – Rel. M n. Jorge Mussi – DJe 07/02/2011.

23. Súmula nº 527 do STJ.

24. Ob. cit., p. 628.

6. PENAS PERMITIDAS NO BRASIL

A Constituição Federal não prescreveu somente as sanções vedadas, anunciando também as penas **permitidas** (artigo 5º, XLVI): “a) *privação ou restrição da liberdade*; b) *perda de bens*; c) *multa*; d) *prestação social alternativa*; e) *suspensão ou interdição de direitos*”.

O Código Penal, atento às vedações e permissões de ordem constitucional, no Título V ocupa-se das penas, e o capítulo inaugural anuncia as espécies penas cabíveis ao autor de um fato punível:

(A) Penas privativas de liberdade

Forma mais drástica de punição (sem esquecer as hipóteses em que se admite pena capital), as penas privativas de liberdade podem ser de **reclusão**, **detenção** ou **prisão simples**, variando, principalmente, o grau de institucionalização do indivíduo.

	Reclusão	Detenção	Prisão Simples
Nota	Reservada para os crimes mais graves	Reservada para os crimes menos graves	Reservada para as contravenções penais
Regime inicial de cumprimento da pena	Pode ser o fechado (art. 34 do CP), semiaberto (art. 35 do CP) ou aberto (art. 36 do CP).	Só pode ser o semiaberto ou aberto. Obs: não cabe regime inicial fechado, mas por meio da regressão é possível cumprimento da detenção em regime mais rigoroso.	Semiaberto ou aberto Obs1: não cabe regime inicial fechado, nem mesmo por meio da regressão. Obs2: deve ser cumprida em local distinto dos apenados por crime, sem os rigores penitenciários (art. 6º da LCP)
Efeitos extrapenais da condenação	Pode ter como efeito a incapacidade para o exercício do poder familiar , tutela ou curatela, nos crimes dolosos praticados contra os filhos, tutelados e curatelados (art. 92, II, do CP).	Esse efeito não é possível no crime doloso punido com detenção.	A prisão simples não sofre os efeitos extrapenais da condenação referidos nos arts. 91 e 92 do CP.
Interceptação Telefônica	Admite, como meio de investigação, a interceptação telefônica do suspeito.	Não admite*.	Não admite.

*. O STF, no HC 83.515, da relatoria do então Min. Nelson Jobim, decidiu que “Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção (...).” Repetiu-se a orientação no AI 626.214, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 08/10/2010).

(B) Restritivas de direito

Previstas nos artigos 43 a 48, do Código Penal, as penas restritivas de direito podem ser: prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, perda de bens e valores.

(C) Multa

Também estabelecida no artigo 32 do Código Penal, a pena de multa tem seu regramento no artigo 49 e seguintes do Código Penal. Advertimos, desde já, que a pena de prestação pecuniária **não** se confunde com a pena de multa, como explicaremos em tópico próprio.

Em resumo:

Privativas de liberdade	Restritivas de direito	Pecuniária
Arts. 33 a 42.	Arts. 43 a 48.	Arts. 49 a 52.
• Reclusão • Detenção • Prisão simples	• Prestação de serviços a comunidade • Limitação de fins de semana • Interdição temporária de direitos • Prestação pecuniária (à vítima) • Perda de bens e valores	• Multa

Existem outras penas, que não são propriamente inconstitucionais, e que simplesmente não foram acolhidas pelo Código Penal, como bem lembram ZAFFARONI e PIERANGELI:

“Uma das mais tradicionais é o confinamento, que consiste em designar durante algum tempo um lugar fixo de residência para o condenado, que dela não pode sair. Estava prevista (degredo) no art. 51 do Código Penal Imperial, da mesma forma que o desterro, este no art. 52, que era a proibição de habitar no lugar de sua residência ou na residência do ofendido. Não são penas inconstitucionais, como era o banimento, que praticamente implicava uma morte civil e a perda da condição de nacional, e que levava o condenado a uma situação de apátrida, condenado a vagar pelo mundo. (...) É bem diferente esta pena, claramente inconstitucional, das penas que, ao invés de implicar na prisão do apenado, significam uma menor restrição de sua liberdade, posto que limitam unicamente o direito de circulação.”²⁵

25. Ob. cit., p. 745-6.

Podemos lembrar, ainda, a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que, na punição do usuário, cominou *advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo* (art. 28, incisos I e III), penas não previstas expressamente na Constituição Federal (ou mesmo Código Penal).

Capítulo II

APLICAÇÃO DA PENA

Sumário • 1. Introdução; 2. Fixação da pena privativa de liberdade; 3. Primeira fase de aplicação da pena; 3.1. Culpabilidade do agente; 3.2. Antecedentes do agente; 3.3. Conduta social do agente; 3.4. Personalidade do agente; 3.5. Motivos do crime; 3.6. Circunstâncias do crime; 3.7. Consequências do crime; 3.8. Comportamento da vítima; 4. Segunda fase de aplicação da pena; 4.1. Das agravantes; 4.1.1. Reincidência (art. 61, I); 4.1.2. Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, "a"); 4.1.3. Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, "b"); 4.1.4. Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, "c"); 4.1.5. Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, de o que possa resultar perigo comum (art. 61, II, "d"); 4.1.6. Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, "e"); 4.1.7. Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, "f"); 4.1.8. Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, "g"); 4.1.9. Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, "h"); 4.1.10. Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, "i"); 4.1.11. Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, "j"); 4.1.12. Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, "l"); 4.1.13. Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62); 4.2. Das atenuantes; 4.2.1. Menoridade (art. 65, I, 1ª parte); 4.2.2. Senilidade (art. 65, I, 2ª parte); 4.2.3. O desconhecimento da lei (art. 65, II); 4.2.4. Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, "a"); 4.2.5. Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (art. 65, III, "b"); 4.2.6. Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, "c"); 4.2.7. Confessado espontaneamente perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, "d"); 4.2.8. Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, "e"); 4.2.9. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66); 5. Terceira fase de aplicação da pena; 5.1. Concurso (homogêneo) de causas de aumento; 5.2. Concurso (homogêneo) de causas de diminuição; 5.3. Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição; 6. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; 6.1. Regime fechado; 6.2. Regime semiaberto; 6.3. Regime aberto; 6.4. Pena de reclusão; 6.5. Pena de detenção; 6.6. Pena de prisão simples; 6.7. Regime de cumprimento de pena do índio; 6.8. Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher; 6.9. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração; 7. Penas e medidas alternativas à prisão; 7.1. As penas restritivas de direitos; 7.1.1. Introdução; 7.1.2. Restritivas de direitos: espécies; 1 hora de trabalho por 1 dia de pena; 7.1.3. Restritivas de direitos: características; 7.1.4. Restritivas de direitos: requisitos; 7.1.5. Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados); 7.1.6. Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento

ilegal; 7.1.7. Penas restritivas de direitos x crime de roubo; 7.1.8. Penas restritivas de direitos x crimes militares; 7.1.9. Restritivas de direitos: regras da substituição; 7.1.10. Restritivas de direitos: conversão; 7.2. A pena de multa; 7.2.1. Introdução; 7.2.2. Aplicação da pena de multa; 7.2.3. Pagamento (voluntário) da multa; 7.2.4. Não pagamento da pena de multa; 7.2.5. Causas de suspensão e interrupção da prescrição da pena de multa; 7.2.6. Cumulação de penas de multa; 7.2.7 A multa e a Lei Maria da Penha; 7.2.8 Pena de multa e prestação pecuniária: distinções; 7.3. A suspensão condicional da pena ("sursis"); 7.3.1. Conceito e natureza jurídica; 7.3.2. Sistemas; 7.3.3. Espécies, requisitos e condições; 7.3.4. Revogação; 7.3.5. Cassação; 7.3.6. Prorrogação; 7.3.7. Extinção; 7.4. Livramento condicional; 7.4.1. Conceito e natureza jurídica; 7.4.2. Requisitos; 7.4.2.1. Objetivos; 7.4.2.2. Subjetivos; 7.4.3. Condições; 7.4.3.1. Obrigatórias; 7.4.3.2. Facultativas; 7.4.4. Concessão e execução; 7.4.5. Revogação; 7.4.5.1. Obrigatória; 7.4.5.2. Facultativa; 7.4.5. Prorrogação; 7.4.7 Extinção.

1. INTRODUÇÃO

Como garantia do cidadão, não há pena sem prévia cominação legal, devendo o legislador, na sua criação, observar a proporcionalidade da resposta estatal em relação ao bem jurídico tutelado.

Praticada a infração penal, nasce para o Estado o direito de aplicar a sanção abstratamente cominada, forma de retribuir o mal causado e meio (supostamente eficaz) de inibir a reincidência. Para tanto, exige-se o devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que impõe ao acusado a pena individualizada de acordo com a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

No Brasil, em regra, as penas abstratamente previstas na lei penal são privativas de liberdade e/ou multa, não havendo cominação de penas restritivas de direitos, quase sempre substitutivas da reclusão, detenção ou prisão simples.

Veremos, primeiro, a aplicação da pena privativa de liberdade. Depois, as medidas alternativas (penas restritivas de direitos, multa e *sursis*).

2. FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O Código Penal, em seu artigo 68²⁶, adotou o sistema trifásico (ou Nelson Hungria) para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o *quantum* da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código.

26. CP. Art. 68. *A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*

É importante notar que as qualificadoras não fazem parte das etapas de fixação da pena, pois integram o preceito secundário do tipo penal e, deste modo, são consideradas como ponto de partida para a dosimetria da pena. Assim, se no crime de homicídio simples a aplicação da pena parte os limites de 6 a 20 anos, no homicídio qualificado o cálculo da reprimenda penal parte da pena de 12 a 30 anos, sobre a qual incidirão as circunstâncias de cada uma das três etapas.

O método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo **viabilizar o exercício do direito de defesa**, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda.

Depois de calculada a pena privativa de liberdade, deve o Magistrado anunciar o regime inicial para seu cumprimento, bem como a possibilidade (ou não) de substituição da pena por medidas alternativas (restritivas de direitos, multa ou suspensão condicional da execução da pena – *sursis*).

Em síntese:

Preceito Secundário Simples / Preceito Secundário Qualificado		
1ª FASE: fixar a pena-base atentando-se para as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP)	2ª FASE: fixar a pena intermediária, considerando as agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP).	3ª FASE: fixar a pena definitiva, aplicando as causas de aumento e diminuição de pena
* Fixada a pena definitiva, deve o Juiz anunciar o regime para seu inicial cumprimento * Por fim, deve aquilatar os requisitos que permitem: (A) substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa ou (B) a suspensão condicional de execução da pena (<i>sursis</i>)		

Vejamos cada uma das etapas.

3. PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

Como já alertado, a primeira etapa de aplicação da sanção privativa de liberdade tem por **finalidade fixar a pena-base**, partindo do preceito secundário simples ou qualificado²⁷ estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: *culpabilidade, antecedentes, conduta social*,

27. Caso exista mais de uma circunstância qualificadora do crime (por exemplo, furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas, art. 155, § 4º, I, e IV, do CP), somente uma delas deverá ser aplicada como ponto de partida, ficando a outra relegada (A) à segunda fase de aplicação da pena, caso encontre previsão legal em uma das circunstâncias agravantes dos artigos 61 ou 62 do Código Penal, ou (B) à análise em sede de circunstâncias judiciais, ainda na primeira fase. A respeito, confira-se entendimento do STJ: “*Presentes duas ou mais qualificadoras, não importa em erro a utilização de uma para qualificar o delito e de outra para elevar a pena base, conforme posicionamento adotado nesta Corte Superior de Justiça*” (STJ – Quinta Turma – HC 191.039 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 01/02/2013)

*personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima*²⁸⁻²⁹.

Nota-se que o Código Penal não fixou o *quantum* de aumento para as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado. Esse montante, portanto, fica a critério do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão³⁰. A jurisprudência sugere 1/6 para cada circunstância presente; a doutrina, 1/8. De todo modo, nesta etapa, **o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal (art. 59, II, CP), não podendo suplantá-los.

Dentro desse espírito, o magistrado sentenciante deve partir da pena mínima para, reconhecendo presente circunstância desfavorável ao réu, dirigir-se na direção da pena máxima. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes (ou presente somente circunstâncias favoráveis), a pena base deverá ser fixada no mínimo legal (respeitando, sempre, o limite mínimo trazido pelo preceito punitivo). A pena-base somente se afastará do patamar mínimo se estiverem presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

28. Adotando a Constituição Federal um direito penal garantista, compatível, unicamente, com um direito penal do fato, temos doutrinadores criticando as circunstâncias subjetivas constantes do artigo 59 do CP. Aliás, seguindo essa linha crítica, o projeto do novo CP (ainda em discussão no Congresso) aboliu tais circunstâncias do artigo em comento. Usamos discordar. Como estudamos no capítulo dos princípios do Direito Penal, adotamos um direito penal do fato (só fatos humanos exteriorizados pelo agente podem ser incriminados), mas, no momento da punição, não se pode ignorar o rol de condições pessoais do agente do fato, garantindo, com isso, a tão desejada justa individualização da pena, mandamento constitucional (art. 5º, XLVI). Com o advento da Lei 10.792/03, o magistrado conquistou importante instrumento na (ádua) tarefa de extrair do processo em julgamento as circunstâncias relacionadas no art. 59 do CP. O interrogatório judicial, com a referida Lei, foi dividido em duas partes, sendo que na primeira o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (art. 187, § 1º, do CPP). Note-se que as indagações refletem o “roteiro” traçado pelo Código Penal para a fixação da pena-base.
29. A respeito das circunstâncias judiciais, decidiu o STF: “Descabe considerar como circunstância judicial negativa o bem protegido pelo próprio tipo penal. PENA – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CRIME SOCIETÁRIO – DIRIGENTE. O fato de o acusado ser dirigente da pessoa jurídica atraindo a responsabilidade penal, não podendo servir, a um só tempo, à exacerbação da pena presentes as circunstâncias judiciais” (HC 106.380, Primeira Turma, DJe 01/08/2013)
30. A pena-base fixada acima do mínimo sem fundamentação dá ensejo à anulação da sentença nesse ponto, devendo o Tribunal reconhecer a nulidade e remeter os autos para que o juiz proceda à nova aplicação da pena, desta vez de forma motivada. Meras referências genéricas às circunstâncias judiciais não são suficientes. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar, “A garantia constitucional da individualização exige a fundamentação de todas as opções decisórias do juiz na fixação da pena. Portanto, para estabelecer a pena-base, deve ele considerar cada uma das circunstâncias do art. 59, enumerando todas as que se encontrem presentes nos autos e sejam relevantes, explicitando o modo pelo qual se realizam no caso em julgamento e indicando os fatos reveladores. Isso não significa, porém, que esteja o juiz obrigado a analisar exaustivamente cada uma das circunstâncias previstas no art. 59, ‘bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem’ (HC 70303-SP, 2.ª T., Min. Paulo Brossard)” (Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Aplicação da pena*. RT. vol. 4. p. 933/964. Out/2010).

E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis?

Diz a doutrina que o magistrado deve invocar, por analogia, o artigo 67 do Código Penal (aplicando a preponderante)³¹. Concordamos com o raciocínio, desde que, no entanto, favoreça o réu, pois se o prejudicar, estaremos diante de analogia *in malam partem*, clara violação ao princípio da legalidade.

Vamos resumir (e concluir) o tema com exemplos:

Imaginemos um homicídio qualificado (pena de 12 a 30 anos). Não havendo circunstâncias judiciais relevantes, a pena-base deve ser fixada no mínimo (12 anos); só havendo circunstâncias judiciais favoráveis, pena-base também deve ser imposta no mínimo (12 anos), pois, nesta fase, o juiz está atrelado **aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário; só havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo, sendo que o **quantum de aumento fica a critério do juiz, demandando fundamentação** (12 anos + 1/6 = 14 anos); por fim, no concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, é possível aplicar o art. 67 do CP, por analogia, desde que não prejudique o réu.

3.1. Culpabilidade do agente

Deve ser alertado, desde logo, a circunstância judicial da “culpabilidade” nada tem a ver com a “culpabilidade” terceiro substrato do crime. Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente. Com base nesse raciocínio, o STJ decidiu que “encontra-se fundamentada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois as instâncias ordinárias consignaram que a quadrilha da qual fazia parte o Paciente “se destinava a realizar blitz com intuito de achar motoristas e efetuar prisões ilegais deles com o fim de obter vantagem econômica, bem como torturar (crime equiparado a hediondo) presos ou pessoas que estavam sob a sua guarda”, o que empresta à conduta do Paciente especial reprovabilidade e não se afigura inerente ao próprio tipo penal” (HC 164189, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 04/09/2013)³².

3.2. Antecedentes do agente

Esta circunstância judicial representa a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime (fatos posteriores não são considerados **nesta etapa**).

Num Estado Democrático norteado pelo princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), **inquéritos policiais em andamento** ou **já arquivados** (não

31. Art. 67 – No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entencendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

32. Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, essa circunstância impõe ao juiz observar “a posição do agente frente ao bem jurídico violado: (A) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); (B) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de (C) descuido (que está presente nos crimes culposos)” (Ob. cit., vol. 2 p. 514).

importando o motivo) não devem ser considerados como maus antecedentes. O mesmo raciocínio se aplica às **ações penais em curso** ou **já encerradas com decisão absolutória** (não importando o seu fundamento). Essa conclusão está consolidada na Súmula nº 444 do STJ: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. O Supremo Tribunal Federal, julgando recurso extraordinário com repercussão geral (591.054), decidiu que inquéritos e ações penais em curso não podem ser utilizados na definição dos antecedentes criminais³³.

Os atos infracionais e eventuais passagens pela Vara da Infância e Juventude também não são consideradas para fins de antecedentes criminais do sentenciado (podendo servir no estudo da sua personalidade).

☒ **Então o que configura maus antecedentes?**

Somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência (arts. 61, I, e 63, ambos do CP), seja pelo decurso do prazo de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político (art. 64, II), seja pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito.

Imaginemos as seguintes situações:

(A) 6 anos depois de cumprir a pena por crime de furto, JOÃO pratica novo crime, agora de roubo. Considerando que o novo crime foi praticado após 5 anos de cumprimento da pena pelo crime anterior, JOÃO não é considerado reincidente (art. 64, I, do CP), mas portador de maus antecedentes;

(B) Condenado por crime que só pode ser praticado por militar, JOÃO pratica um furto, sendo condenado. Sabendo que a condenação por crime militar próprio não gera reincidência (art. 64, II, do CP), será considerado portador de maus antecedentes;

(C) JOÃO está sendo processado por roubo. Pratica furto antes da condenação pelo primeiro crime. Condenado por roubo, será considerado portador de maus antecedentes quando da condenação pelo crime de furto.

33. Essa orientação, firmada em dezembro de 2014, tende a ser novamente objeto de discussão. Isso porque, em sessão plenária no dia 24 de junho de 2015, o tribunal, julgando dois habeas corpus nos quais se discutia a validade do aumento da pena em decorrência de inquéritos policiais e ações penais em curso (94.620 e 94.680), aplicou o entendimento firmado no recurso extraordinário, mas vários dos ministros ressaltaram que somente o faziam em respeito ao princípio da colegialidade, ou seja, decidiam contrariamente a seu posicionamento pessoal para prestigiar a orientação plenária. Mas a ministra Cármen Lúcia votou pelo indeferimento dos habeas corpus ressaltando que o princípio da colegialidade impõe aos ministros que se submetam à orientação antes firmada apenas nas decisões individuais e naquelas tomadas pelas Turmas. Para a ministra, se o tema voltar ao Pleno, nada impede novo debate. Considerando a ressalva de entendimento pessoal feita por outros ministros, é possível que o tribunal volte a se debruçar sobre o mesmo assunto e modifique a orientação firmada no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054.

✓ **Existe limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência)?**

Apesar de a maioria responder que não, CEZAR BITENCOURT discorda e explica:

“Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, *in verbis*: ‘o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal’³⁴.

3.3. Conduta social do agente

Trata-se do comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros.

É por conta do julgamento que se faz da conduta social na aplicação da pena que o réu costuma arrolar, em sua defesa, as chamadas “**testemunhas de beatificação**”, assim consideradas aquelas que nada sabem sobre os fatos, mas que têm contato suficiente com o acusado para depor sobre o seu comportamento pretérito.

34. Ob. cit., p. 755-6. O STF tem seguido esse entendimento: “As condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena, conforme previsão do art. 64, I, do CP [“Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”]. Esse é o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer a decisão do tribunal de justiça que afastara os maus antecedentes, considerada condenação anterior ao período depurador (CP, art. 64, I), para efeito de dosimetria da pena — v. Informativo 778. A Turma afirmou que o período depurador de cinco anos teria a aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não poderia mais influenciar no “quantum” de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos. Observou que seria assente que a “ratio legis” consistiria em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houvera o devido cumprimento de sua punição, de modo que seria inadmissível atribuir à condenação o “status” de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição vedaria expressamente, na alínea b do inciso XLVII do art. 5º, as penas de caráter perpétuo. Esse dispositivo suscitaria questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constatar-se-ia que, se o objetivo primordial fosse o de se afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão dever-se-ia aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes. Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontraria previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição, mas se trataria de uma analogia “in malam partem”, método de integração vedado em nosso ordenamento. Por fim, determinou ao tribunal de origem que procedesse à nova fixação de regime prisional, sem considerar a gravidade abstrata do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Vencidos os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia, que concediam parcialmente a ordem, apenas quanto à fixação do regime prisional” (HC 126315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.9.2015).

3.4. Personalidade do agente

Cuida-se, aqui, do retrato psíquico do delinquente. De maneira precisa, pontuou o Superior Tribunal de Justiça que: *“A circunstância judicial referente à ‘personalidade do agente’ não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor.”*³⁵.

3.5. Motivos do crime

Correspondem ao “porquê” da prática da infração penal. Entende-se que esta circunstância judicial só deve ser analisada quando os motivos não integrem a própria tipificação da conduta, ou não caracterizem circunstância qualificadora ou agravante, sob pena de *bis in idem*.

3.6. Circunstâncias do crime

Exige do magistrado a análise da maior ou menor gravidade do crime espelhada pelo *modus operandi* do agente. São as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc³⁶.

3.7. Consequências do crime

São os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade. Atualmente, com a nova redação conferida ao artigo 387 do Código de Processo Penal (dada pela Lei nº 11.719/2008), o magistrado tem a possibilidade de fixar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo indenizatório destinado à reparação dos danos causados. A análise das consequências do crime será o substrato para a fixação deste montante.

3.8 Comportamento da vítima

Como já vimos, no direito penal não existe compensação de culpas (diferente do direito civil). Assim, a **culpa concorrente da vítima não elide**, não compensa a culpa do agente. Porém, **a culpa concorrente da vítima pode atenuar a responsabilidade do agente**. Da análise do comportamento da vítima é possível a atenuação da responsabilidade do agente³⁷.

35. STJ – Quinta Turma – REsp 513641 – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 01/07/2004.

36. De acordo com o STJ, não pode o juiz, ao aplicar a pena relativa ao homicídio e à lesão corporal cometidos na direção de veículo automotor, considerar a alta velocidade para exasperar a pena, tendo em vista ser essa a circunstância que perfaz a imprudência, necessária para a caracterização do crime culposos (AgRg no HC 153.549/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/6/2015). Por outro lado, o tribunal admitiu a elevação da pena relativa a fato em que o agente cometeu homicídio e lesão corporal culposa porque conduzia o veículo imprudentemente para levar drogas a uma festa. De acordo com a decisão, “o fim de levar droga a uma festa representa finalidade que desborda das razoavelmente utilizadas para esses crimes, configurando justificativa válida para o desvalor” (AgRg no HC 153.549/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/6/2015).

37. O STJ decidiu que nos crimes sexuais contra menores de catorze anos, a experiência sexual anterior e a suposta homossexualidade não podem servir para justificar a diminuição da pena em razão do

Exemplo: JOÃO, conduzindo em alta velocidade seu veículo automotor, atropela e mata ANTONIO, que atravessava a pista fora da faixa demarcada para pedestre. JOÃO responderá pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), apesar do descuido de ANTONIO. Entretanto, esse comportamento negligente de ANTONIO será sopesado no momento das circunstâncias judiciais.

4. SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

A segunda fase de aplicação da pena tem por **finalidade** encontrar a pena intermediária. O seu ponto de partida é a pena-base, fixada na etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP) previstas na Parte Geral do Código Penal.

Por encontrarem previsão na Parte Geral do Código, estas circunstâncias são chamadas de genéricas³⁸. Assim, as agravantes e atenuantes genéricas podem ser definidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena.

O Código Penal, a exemplo da primeira fase, não fixou o *quantum* de aumento ou diminuição para as circunstâncias agravantes e atenuantes, deixando ao prudente arbítrio do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão³⁹. Também nesta etapa, apesar de não haver previsão legal, entende a doutrina (seguida pela jurisprudência) que **o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal, não podendo suplantá-los⁴⁰.

Em suma, o magistrado sentenciante deve partir da pena-base, fixada na etapa anterior, para, reconhecendo presente circunstância agravante, dirigir-se na direção da pena máxima. Havendo somente atenuantes, a pena intermediária caminha na direção do mínimo abstratamente previsto no preceito secundário (lembrando que, no caso da pena-base ter sido fixada no mínimo, não se aplica a atenuante). Não existindo circunstâncias relevantes (agravantes ou atenuantes), a pena intermediária simplesmente confirmará a pena-base.

comportamento da vítima (REsp 897.734/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/2/2015).

38. Nada impede que a legislação especial traga, para os crimes de que dispuser, atenuantes e agravantes próprias. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Crimes Ambientais, que prevê agravantes e atenuantes específicas para estes crimes.
39. Consagra-se, na jurisprudência, que a fração deve ser de 1/6. Nesse contexto, se o magistrado concluir pela aplicação de fração outra, está obrigado a fundamentar sua decisão de maneira adequada, sob pena de nulidade. É o que entende o STJ: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação idônea” (HC 229.371 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 04/09/2013).
40. Nesse sentido, Súmula 231 do STJ. Esta orientação, no entanto, merece críticas, pois, não existindo previsão legal, a proibição viola a legalidade. Aliás, não permitir ao juiz reduzir a pena intermediária a quem do mínimo quando diante de uma atenuante, significa impedi-lo de individualizar a reprimenda, culminando, não raras vezes, por tratar sentenciados com condições distintas, com penas iguais (afrontando a isonomia).

✓ ***E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes?***

Aplica-se o artigo 67 do Código Penal, devendo a pena intermediária aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

✓ ***Qual a ordem de preponderância no concurso de agravantes e atenuantes?***

Analisando o a redação do art. 67 do CP, a jurisprudência estabeleceu a seguinte ordem: 1º) atenuantes da **menoridade** e da **senilidade**; 2º) agravante da reincidência; 3º) atenuantes e agravantes subjetivas; 4º) e, por fim, atenuantes e agravantes objetivas.

Vamos resumir o que foi escrito até agora, com exemplos:

Imaginemos um furto simples, punido com reclusão de 1 a 4 anos. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes, a sua pena-base deve ser fixada no mínimo (1 ano). Partindo para a segunda etapa, o juiz, percebendo que o sentenciado é reincidente, agrava a pena em 1/6, fixando a reprimenda intermediária em 1 ano e 2 meses; não havendo agravantes e atenuantes, a pena intermediária confirmará a reprimenda-base (1 ano); ainda que o magistrado se depare somente com atenuante, a pena intermediária será também de 1 ano, pois, nesta fase, o juiz está atrelado **aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário; por fim, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, aplica-se o art. 67 do CP.

4.1. Das agravantes

Analisadas as regras gerais das circunstâncias que devem ser considerados pelo magistrado na segunda etapa do cálculo da pena privativa de liberdade, devemos aprofundar o estudo de cada uma, de forma isolada, começando pelas agravantes.

Desde logo, alertamos que as agravantes genéricas estão previstas nos arts. 61 e 62, ambos do CP, num **rol taxativo**, não se admitindo analogia para ampliar as hipóteses legais.

✓ ***As agravantes sempre agravam a pena?***

O artigo 61, *caput*, do CP, antes de apresentar as circunstâncias que agravam a pena, anuncia: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime** [...]”.

A regra, portanto, avisa que as agravantes sempre agravam a pena, mas temos exceções:

1ª) Para evitar a dupla valoração em prejuízo do réu (*bis in idem*), o legislador veda a incidência de agravante quando a circunstância já constitua elementar do crime ou sua qualificadora.

Exemplo 1: JOÃO, com intenção de causar o aborto do feto de MARIA, desfere socos em sua barriga. JOÃO responderá por aborto não consentido (art. 125 do CP), não incidindo a agravante do “crime contra a mulher grávida”, pois esta condição da vítima já figura como elementar do crime.

Exemplo 2: ANTONIO consegue vantagem ilícita, para si, em prejuízo de JOSÉ, pessoa idosa (com mais de 60 anos), induzindo a vítima em erro. ANTONIO responderá por estelionato (art. 171 do CP), não incidindo a agravante “contra maior de 60 anos”, pois esta condição etária do ofendido, nos termos da Lei 13.228/2015, passou a majorar a pena do crime patrimonial.

2ª) Lembramos, ainda, que, por força de interpretação jurisprudencial, a pena intermediária não pode extrapolar a sanção máxima cominada ao tipo penal. Em outras palavras, na segunda fase de aplicação da pena, o juiz está adstrito aos limites previstos no tipo penal. Assim, se a pena-base for fixada no máximo, a agravante não incidirá.

Exemplo: Num crime de furto (art. 155, *caput*, do CP), o juiz, analisando as circunstâncias judiciais abundantemente desfavoráveis, fixa a pena-base no máximo (4 anos). Na segunda fase, apesar de o réu ser reincidente, não pode essa circunstância agravar a pena (o que resultaria numa sanção intermediária acima do máximo abstratamente previsto para o crime).

3ª) Por fim, atento ao disposto no artigo 67 do Código Penal, constatado o concurso entre agravantes e atenuantes (assunto já estudado), não incidem aquelas quando estas forem preponderantes.

Exemplo: Num crime de lesão corporal dolosa de natureza grave (art. 129, § 1º, do CP), o juiz, analisando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa a pena-base acima do mínimo (1 ano e 6 meses). Na segunda fase, apesar de o réu ser reincidente, era menor de 21 anos na data dos fatos, circunstância preponderante, devendo atenuar a pena.

☒ ***As agravantes incidem em todos os crimes?***

Em regra, só incidem sobre os crimes dolosos (devendo ficar demonstrado que o agente tinha conhecimento da sua existência). Excepciona-se a agravante da reincidência, também aplicável nos culposos⁴¹.

41. No que diz respeito aos crimes preterdolosos, não se pode ignorar que sua conduta-base é dolosa, sendo o resultado culposo mera consequência, constituindo elemento relevante em sede de determinação da quantidade da pena. Dentro desse espírito, na análise das agravantes, os crimes preterdolosos devem ser tratados como dolosos, admitindo todas as agravantes dos arts. 61 e 62 do CP. Nesse sentido, aliás, decidiu recentemente o STJ: “É possível a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, “c”, do CP nos crimes preterdolosos, como o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). De início, nos termos do art. 61, II, “c”, do CP, são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. De fato, apesar da existência de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entende-se que não há óbice legal ou incompatibilidade qualquer na aplicação da citada agravante genérica aos crimes preterdolosos. Isso porque, nos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolosa, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo denota mera consequência que, assim sendo, constitui elemento relevante em sede de determinação da medida da pena. Ademais, o art. 129, § 3º, do CP descreve conduta dolosa que autonomamente preenche o tipo legal de lesões corporais, ainda que dessa conduta exsurja resultado diverso mais grave a título de culpa, consistente na morte da vítima. Assim, no crime de lesão corporal seguida de morte, a ofensa intencional à integridade física da vítima constitui crime autônomo doloso, cuja natureza não se altera com a produção do resultado mais grave previsível mas não pretendido (morte), resolvendo-se a maior

☑ **Agravante não articulada na denúncia pode ser reconhecida?**

Nos termos do artigo 385 do Código de Processo Penal⁴², entende-se perfeitamente possível reconhecer circunstância agravante não articulada na denúncia^{43 44}.

Passemos ao estudo das circunstâncias agravantes de pena previstas no Código Penal, obedecendo a sequência legal (arts. 61 e 62).

4.1.1. Reincidência (art. 61, I)

Definida no art. 63 do CP, dispõe-se que: “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

Tal dispositivo deve ser complementado pelo artigo 7º da Lei Contravenções Penais: “*Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado⁴⁵ a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção*”.

Assim, podemos dizer que são **pressupostos** da reincidência (A) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por infração penal anterior⁴⁶ e (B) cometimento de nova infração penal.

Sintetizando, temos que:

1º momento	2º momento	Consequência
Condenação penal definitiva por crime no Brasil ou no estrangeiro	Cometimento de novo CRIME	Reincidência (art. 63 do CP)

reprovabilidade do fato no campo da punibilidade. Além do mais, entende a doutrina que nos casos de lesões qualificadas pelo resultado, o tipo legal de crime é o mesmo (lesão corporal dolosa), não se alterando o tipo fundamental, apenas se lhe acrescentando um elemento de maior punibilidade (REsp 1.254.749-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2014)”.
 42. CPP. Art. 385. *Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.*

43. STJ – Sexta Turma – REsp 857066 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJe 14/04/2008.

44. Em sentido contrário: “*Circunstância agravante referente ao cometimento, pelo agente, do crime ‘com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão’; não descrita sequer implicitamente na denúncia, não pode ser reconhecida na sentença, sob pena de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre imputação e condenação*” (STJ – Quinta Turma – HC 94.472 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 04/08/2008).

45. A dicção legal (“*depois de transitar em julgado*”, art. 63, CP) permite a conclusão de que se o novo crime for praticado no dia do trânsito em julgado do primeiro não gera reincidência, embora seja apto a gerar maus antecedentes.

46. Decidiu recentemente o STJ que a condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), transitada em julgado, gera reincidência. Isso porque a referida conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (“abolitio criminis”). Precedentes citados: HC 292.292-SP, Sexta Turma, DJe 25/6/2014; HC 266.827-SP, Sexta Turma, DJe 11/4/2014; e HC 194.921-SP, Quinta Turma, DJe 23/8/2013. HC 275.126-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/9/2014.

Condição	Objeto	Consequência
Condenação penal definitiva por crime no Brasil ou no estrangeiro	Cometimento de CONTRAVENÇÃO penal	Reincidência (art. 7º da LCP)
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no Brasil	Cometimento de nova CONTRAVENÇÃO	Reincidência (art. 7º da LCP)
Condenação penal definitiva por contravenção praticada no Brasil	Cometimento de CRIME	Não gera reincidência, por ausência de previsão. Contudo, gera maus antecedentes.
Condenação penal definitiva por contravenção penal praticada no estrangeiro .*	Cometimento de CRIME ou CONTRAVENÇÃO.	Não gera reincidência (art. 7º da LCP).

*. Deve ficar claro que a contravenção cometida no estrangeiro nunca gera reincidência. Isso porque não existe extraterritorialidade da lei penal brasileira quando se trata da contravenção penal

Nos termos do artigo 9º do Código Penal, **não há necessidade de homologação, pelo STJ**, da sentença condenatória proferida no estrangeiro pela prática de crime para que sejam gerados os efeitos da reincidência. De fato, o dispositivo legal trata das hipóteses em que a sentença estrangeira deve ser homologada, sem prever tal obrigatoriedade, do que se depreende a desnecessidade do ato homologatório. Importante lembrar que o fato típico no país estrangeiro, mas atípico no nosso país, não gera reincidência (ex: o perjúrio é crime nos EUA, mas é fato atípico no nosso país).

A espécie de pena imposta ao crime cometido anteriormente não interfere na reincidência. Pode ter sido privativa de liberdade, restritiva de direito ou até mesmo de multa. É dizer: **a pena de multa é apta a gerar reincidência** (há corrente minoritária em sentido oposto).

Ocorrendo a extinção da punibilidade da infração anterior, para fins de reincidência, é preciso analisar dois fatores: **(A)** momento em que ocorreu a extinção da punibilidade e **(B)** espécie de causa extintiva da punibilidade. Confira o quadro abaixo:

Antes do trânsito em julgado NÃO GERA REINCIDÊNCIA	Depois do trânsito em julgado GERA REINCIDÊNCIA
Se a causa extintiva da punibilidade é anterior ao trânsito em julgado , não gera reincidência, já que impede a formação de seu primeiro requisito.	Se a causa é posterior ao trânsito em julgado, em regra, gera reincidência .
Ex: prescrição da pretensão punitiva.	Ex: prescrição da pretensão executória.
—	EXCEÇÕES: a) <i>Abolitio criminis</i> b) Anistia* c) Perdão judicial: por previsão do art. 120, CP**.

*. Essas causas apagam os efeitos penais da condenação, não havendo reincidência (ou mesmo maus antecedentes).

**.. CP. Art. 120 – A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

O Brasil adotou o **sistema da temporariedade da reincidência**, anunciando, no art. 64, I, do Código Penal, o seu **período depurador**: “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

Exemplo: No ano de 2000, JOÃO foi condenado definitivamente pelo crime de homicídio ao cumprimento de 6 anos de reclusão. Em 2006 a sanção foi integralmente executada. Em 2012, JOÃO pratica novo crime. Na sentença do novo crime, o magistrado não pode reconhecer a agravante da reincidência, porque superado o período depurador. A condenação anterior servirá, no entanto, como maus antecedentes (circunstância judicial norteadora da pena-base).

A **natureza do delito** praticado poderá impedir a reincidência em caso de crime futuro. Nesse contexto, o artigo 64, II, do Código Penal, dispõe que não se consideram para efeito de reincidência os crimes **militares próprios** e os crimes **políticos** (art. 2º da lei 7.170/83)⁴⁷.

Quanto aos **crimes militares próprios**, assim considerados aqueles que encontram tipificação apenas no Código Penal Militar (ex: deserção, motim, dentre outros), deve-se observar que somente não gerarão reincidência se o crime posteriormente praticado for um crime comum ou militar impróprio (ex: homicídio). Tendo o agente praticado dois crimes militares próprios, por força do art. 71 do Código Penal Militar, será considerado reincidente.

Crime anterior	Crime posterior	Reincidência	Fundamento
Militar próprio	Militar impróprio	Não	Art. 54, II, CP
Militar próprio	Comum	Não	Art. 54, II, CP
Militar próprio	Militar próprio	Sim	Art. 71, CPM

A reincidência tem **natureza jurídica** de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal. Por este motivo, não se comunica aos demais concorrentes do crime, nos termos do artigo 30 do Código Penal.

47. Os crimes eleitorais caracterizam atitudes antissociais lesivas à regra jurídica preestabelecida em proteção aos atos eleitorais, do alistamento do eleitor à diplomação do eleito. Não pertencem, contudo, ao rol dos crimes políticos.

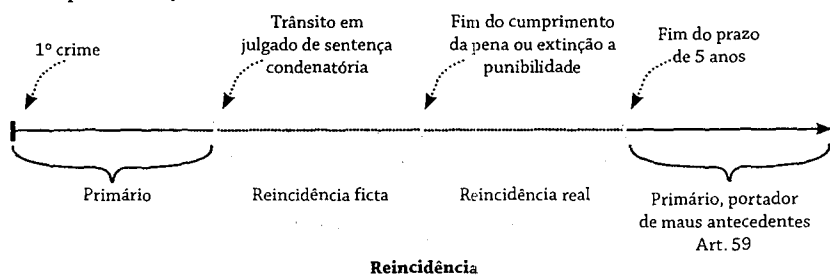
A doutrina distingue algumas espécies de reincidência:

(A) Reincidência real

Ocorre quando o agente comete novo crime após ter efetivamente cumprido a totalidade da pena pelo crime anterior (e antes do prazo de cinco anos – período depurador).

(B) Reincidência ficta

O agente comete novo crime após ter sido condenado definitivamente, mas antes de ter cumprido a totalidade da pena do crime anterior (o prazo da caducidade da reincidência sequer começou a correr).



Analisando o quadro acima, se JOÃO praticar novo crime antes do trânsito em julgado do primeiro, será considerado primário; se o novo crime for praticado após o trânsito em julgado, mas antes do efetivo cumprimento da pena pelo primeiro delito, será considerado reincidente (reincidência ficta); se o novo crime ocorrer após o cumprimento da pena pelo crime anterior, mas antes do prazo depurador de 5 anos, JOÃO será rotulado como reincidente (reincidência real); por fim, praticado o novo crime após o período de caducidade da reincidência, JOÃO volta a ser primário, mas portador de Maus Antecedentes.

(C) Reincidência genérica

Ocorre quando os crimes praticados pelo agente são de espécies distintas.

(D) Reincidência específica

Ocorre quando os dois crimes praticados pelo condenado são da mesma espécie.

Via de regra, os efeitos da reincidência são análogos para uma e outra espécie. Não obstante, em algumas situações, a reincidência específica pode obstar a concessão de alguns benefícios. É o que ocorre, por exemplo, com o **artigo 83, V, do Código Penal** (redação dada pela Lei nº 8.072/90), que veda o livramento condicional nos crimes hediondos ou equiparados quando o condenado é reincidente específico em crimes dessa natureza.

A **prova da reincidência** deve ser feita através de certidão cartorária. Contudo, o STJ tem flexibilizado esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais. Nesse sentido: “A falta de certidão cartorária não impede a aplicação da agravante da reincidência, o que pode ser feito com base na folha de antecedentes”⁴⁸.

48. STJ – Sexta Turma – HC 177.090 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 01/08/2013.

✓ **Condenação passada pode servir como maus antecedentes e, ao mesmo tempo, agravante da reincidência?**

Tal raciocínio deve ser peremptoriamente afastado, já que implica nefasto *bis in idem*. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento sumulado no sentido de que: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (Súmula nº 241). Nada obsta, entretanto, que tendo o agente diversas condenações pretéritas, uma delas seja utilizada na primeira fase de aplicação da pena, como maus antecedentes, e a outra na segunda, a título de reincidência. É o que tem decidido de forma reiterada o Supremo Tribunal Federal⁴⁹.

✓ **O instituto da reincidência, por si só, não caracteriza bis in idem?**

Parte considerável da doutrina compreende que a reincidência, por si só, gera *bis in idem*, na medida em que pune novamente o agente por um fato pelo qual ele já foi condenado. Nesse sentido, PAULO QUEIROZ assevera que:

“A reincidência, ao implicar *bis in idem*, é inconstitucional, por violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, ao menos enquanto circunstância judicial de agravamento da pena. Além disso, nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o primário, como se presume. Assim, o autor de estupros seguidos, embora primário, certamente é bem mais ameaçador do que o condenado reincidente por pequenos furtos ou lesões corporais leves, por exemplo. Enfim, a reincidência não é garantia da maior perigosidade do infrator, a justificar, também por isso, a sua abolição pura e simples”.⁵⁰ A jurisprudência não tem acatado este entendimento, sob o fundamento de que o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88) demanda maior censura na aplicação da sanção daquele que reitera na prática delitiva. O STJ tem sido firme ao declarar que “a conduta do reincidente merece maior reprovabilidade, tendo em vista a sua contumácia em violar a lei penal. Portanto, não há se falar em duplo apenamento pelo mesmo fato, nem violação do princípio do *ne bis in idem*”⁵¹. No STF, o Plenário, ao julgar o RE 453.000, considerou constitucional o instituto de reincidência, afastando a ocorrência de *bis in idem*.

4.1.2. Motivo fútil ou torpe (art. 61, II, “a”)

Considera-se fútil o motivo insignificante, pequeno, ou seja, quando o móvel apresenta real desproporção entre o delito e sua causa moral.

49. STF – Primeira Turma – RHC 110727 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJe 10/05/2012. No mesmo sentido: STF – Segunda Turma – HC 96046 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 02/05/2012.

50. Ob. cit., p. 84.

51. STJ – Sexta Turma – HC 213.196 – Rel. Min. Vasco Della Giustina (des. convocado do TJ/RS) – DJe 25/04/2012.

Não se deve confundi-lo com o motivo injusto. Este é elemento integrante do crime. Para que se reconheça a futilidade da motivação é necessário que, além de injusto, o motivo seja realmente desproporcional.

Quando a razão do delito for vil, ignóbil, repugnante e abjeta, o motivo é conspirado torpe.

☒ ***A vingança é motivo torpe?***

Entendemos que pode ou não constituir motivo torpe, dependendo da causa que a originou. A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto⁵².

4.1.3. Crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (art. 61, II, “b”)

Esta alínea enuncia hipóteses de conexão (vínculo) entre o crime e outros delitos.

A doutrina subdivide a conexão em *teleológica* (crime praticado para *assegurar a execução* de outro, *futuro*) e *consequencial* (quando o delito visa *assegurar a ocultação, a impunidade* ou *vantagem* de outro, *passado*)⁵³.

“Outro crime” de que fala o dispositivo pode ser de autoria do próprio agente ou pessoa diversa (ex.: furtar uma arma para que seu irmão pratique um assalto).

Se o crime foi praticado para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de uma contravenção penal, descabida a presente agravante, podendo configurar, conforme o caso, a do motivo torpe (ou fútil).

4.1.4. Crime cometido com traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, “c”)

Serve como agravante do crime utilizar o agente de algum recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima, exemplificando o Código alguns modos particularmente insidiosos de praticá-lo, como a *traição (ataque desleal)*, *emboscada* (ataque com surpresa) e *dissimulação (fingimento)*, cabendo, desse modo, a interpretação analógica.

4.1.5. Crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, de o que possa resultar perigo comum (art. 61, II, “d”)

A pena do crime deve ser agravada quando cometido com emprego de meio insidioso, cruel (aumenta inutilmente o sofrimento da vítima) ou de que possa resultar perigo comum (capaz de atingir número indeterminado de pessoas).

52. O mesmo raciocínio se aplica ao ciúme, devendo ser analisada a causa que o originou.

53. A conexão meramente *ocasional* (por ocasião de outro crime), sem vínculo finalístico, não serve como agravante.

Autorizando interpretação analógica, o legislador anuncia os seguintes exemplos:

(A) Emprego de veneno: o agente, no caso, para alcançar o intento criminoso, utiliza substância, biológica ou química, animal, mineral ou vegetal, capaz de perturbar ou destruir as funções vitais do organismo humano.

(B) Emprego de fogo ou explosivo: a utilização de fogo ou explosivo (qualquer objeto capaz de causar explosão), como meio de alcançar o resultado criminoso, revela o modo especialmente perverso escolhido pelo agente, podendo, inclusive, colocar em risco um número indeterminado de pessoas.

(C) Emprego de asfixia: *asfixia* é o impedimento, por qualquer meio (mecânico – *enforcamento*, *afogamento*, *estrangulamento*, *esganadura* ou *sufocação* – ou tóxico – *produzido por gases deletérios*) da passagem do ar pelas vias respiratórias ou pulmões da pessoa, acarretando a falta de oxigênio no sangue.

(D) Emprego de tortura: o emprego de tortura⁵⁴ demonstra também a expressiva crueldade do meio empregado pelo agente, revelando, ainda, sua índole ferina e depravada, que acaba por provocar na vítima sofrimento desnecessário.

4.1.6. Crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (art. 61, II, “e”)

Essa agravante não se aplica ao parentesco por afinidade ou à união estável, pois não se admite interpretação *in malam partem*, desautorizada pelo princípio da legalidade.

Ressalta CLÉBER MASSON:

“O sujeito deve efetivamente aproveitar-se das facilidades que o parentesco ou o matrimônio lhe proporcionam, pois caso contrário não terá incidência o dispositivo legal”⁵⁵. Para sua configuração exige-se **prova documental** do parentesco ou do vínculo matrimonial, nos termos do artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

4.1.7. Crime praticado com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade ou com violência contra a mulher, na forma da lei específica (art. 61, II, “f”)

Manifesta o agente, nesses casos, clara insensibilidade moral, violando sentimentos de estima, solidariedade e apoio mútuo que deve nutrir para com pessoas sob sua autoridade ou parentes ou, ainda, pessoas com quem convive.

54. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

55. Ob. cit., p. 612.

Pode o incauto imaginar que a agravante do “abuso de autoridade” está ligada ao excesso praticado por servidor público no exercício da função. Engana-se. A violação dos deveres funcionais no âmbito do direito público faz parte da alínea seguinte (“g”). Aqui, a expressão “abuso de autoridade” relaciona-se ao excesso nas relações privadas, nas quais o agente exerce uma ascendência sobre o ofendido (exemplo: tutor e tutelado), fora dos casos de exercício de cargo, ofício, ministério ou profissão (hipóteses que também configuram a próxima alínea).

O dispositivo anuncia que a pena do crime será agravada quando cometido prevalecendo-se o agente das relações domésticas⁵⁶, de coabitação ou de hospitalidade.

Sabendo que “prevalecer” tem o sentido de *levar vantagem, aproveitar-se da condição (ou situação)*, pensamos que a hipótese necessariamente pressupõe que o agente se valha da vantagem doméstica, de coabitação ou de hospitalidade em relação à vítima, merecendo interpretação restritiva.

Por “relações domésticas” entendem-se aquelas criadas no âmbito do espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança (inserindo-se, na hipótese, a relação do patrão em face da empregada)⁵⁷.

A redundância parece presente quando se depara com a agravante da “coabitação” (moradia sob o mesmo teto), abrangida pela hipótese anterior (relações domésticas).

Nas relações de “hospitalidade” preocupa-se a lei com a relação existente na estada provisória. Com razão, alerta **CLEBER MASSON**:

“Afasta-se a relação de hospitalidade quando o agente ingressa, clandestina ou astuciosamente, ou ainda com violência, na moradia do hospedeiro, uma vez que depende do seu consentimento para caracterizar-se” ⁵⁸. Por fim, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) foi responsável por acrescer a agravante do crime praticado com predicados de violência de gênero (preconceito e discriminação) contra a mulher. A utilidade dessa inovação é nenhuma, pois essa espécie de violência já estava abrangida pelas agravantes relacionadas nessa alínea (prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade) ou na anterior (crime contra ascendente, descendente ou irmão).

56. A Lei nº 13.104/15 alterou o art. 121 do CP para nele incluir o “feminicídio”, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, baseada no gênero). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Com a novel Lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos, etiquetado como delito hediondo, sofrendo os consectários da Lei nº 8.072/90. Com a alteração legal, portanto, não mais incide a presente agravante nos casos de homicídio cometido no âmbito doméstico e familiar, evitando-se assim o *bis in idem*.

57. A união estável, excluída da hipótese anterior, pode ser enquadrada nesta.

58. Ob. cit., p. 656.

4.1.8. Crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, “g”)

O estudo dessa agravante deve ser cindido para não gerar confusão.

A expressão “abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo” retrata comportamentos praticados por servidores públicos em geral (excesso no exercício da função pública, o abuso de poder) ⁵⁹.

Na violação de dever inerente a “ofício, ministério ou profissão” anuncia o legislador incidir a agravante nas transgressões ocorridas nas atividades de natureza privada.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, lembrando as lições de **HÉLIO TORNAGHI**, alerta:

“Nem sempre é possível distinguir essas quatro categorias: profissão, ofício, função e ministério, porque a mesma atividade pode, frequentemente, ser enquadrada em mais de uma. Poderá dizer-se que: a profissão, além de habitual é remunerada; o ofício pode não ser uma coisa nem outra; a função é um múnus exercido sem caráter profissional e o ministério é o desempenho altruístico de um alto encargo assumido com a finalidade de servir a outrem. Mas todas essas noções são vizinhas e têm muito em comum” ⁶⁰.

4.1.9. Crime praticado contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, “h”)

Na alínea “h” o legislador considerou como agravantes condições peculiares da vítima, demandando prova de que o agente as conhecia, evitando, assim, responsabilidade penal objetiva.

(A) criança: nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a pessoa de até doze anos de idade incompletos (art. 2º, da Lei 8.069/90).

(B) maior de 60 anos: o Estatuto do Idoso substituiu o termo “velho” por “pessoa maior de 60 anos”. Se por um lado a alteração foi feliz, abandonando uma expressão pejorativa, preferindo o critério cronológico ao biológico, por outro, esqueceu que idoso, nos termos do art. 1º do referido Estatuto, é todo aquele com idade **igual** ou maior de 60 anos. O legislador, portanto, ignorou a pessoa idosa no dia do seu sexagésimo aniversário. Para incidir a agravante, não basta o agente praticar o crime contra vítima maior de 60 anos, mas deve essa condição ter relação com o crime praticado (aproveitando-se da fragilidade do ofendido).

(C) enfermo: é o doente, abrangendo qualquer distúrbio (permanente ou transitório) das funções de um órgão, da psique ou do organismo como um todo. Para **LUIZ FLÁVIO GOMES** e **ANTONIO MOLINA**:

59. Atente-se para o fato de que, se o comportamento abusivo do agente caracterizar crime autônomo (arts. 312 a 326 do CP ou Lei 4.898/65), afasta-se a aplicação da agravante, evitando o *bis in idem*.

60. *Código Penal Comentado*. Ob cit. p. 385.

“O deficiente (quem conta com incapacidade para certas atividades em razão da deficiência física ou mental) deve ser equiparado ao enfermo (interpretação extensiva, que não chega a se confundir com analogia)”⁶¹.

É imprescindível a pertinência lógica com o delito, devendo essa condição da vítima facilitar a ação do agente.

(D) mulher grávida, não importando o estágio da gestação, sendo necessário apenas o nexo entre essa condição da vítima e o crime praticado.

4.1.10. Crime praticado quando o ofendido estava sob imediata proteção da autoridade (art. 61, II, “i”)

Também agrava a pena do crime quando praticado contra vítima sob imediata proteção da autoridade. O fato de estar circunstancialmente próximo de determinada autoridade não permite a incidência da agravante: é preciso estar sob sua imediata proteção (guarda, dependência ou sujeição). Explica **CLEBER MASSON**:

“Nessa situação é mais grave a punição, porque quem se encontra sob a proteção do Estado não deve ser ofendido por condutas criminosas. Diante da proteção do poder público, o agente revela destemor e incredulidade com a força dos poderes constituídos, merecendo mais rigorosa punição.

Proteção imediata significa guarda, dependência, sujeição. Destarte, enquadra-se nessa agravante o resgate de preso para ser morto por facção rival, mas não o crime cometido contra a vítima que se encontrava ao lado de um policial.”⁶².

4.1.11. Crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido (art. 61, II, “j”)

As situações exemplificadas pela alínea em estudo espelham tragédias que podem atingir tanto a comunidade (saques durante greve da polícia militar) como o indivíduo (luto), incidindo a agravante em ambos os casos. O agente, praticando o crime nessas ocasiões, revela falta de solidariedade.

4.1.12. Crime praticado em estado de embriaguez preordenada (art. 61, II, “l”)

Por fim, constitui agravante a embriaguez preordenada, situação em que o agente, propositadamente, se embriaga, encorajando-se à prática do crime.

Como bem lembra **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

“A palavra ‘embriaguez’ abrange a intoxicação aguda provocada não só pelo álcool como também por substâncias de efeitos análogos (p. ex.: cocaína, ópio, heroína etc.)”⁶³.

61. Ob. cit. vol. 2 p. 521.

62. Ob. cit. p. 658.

63. Ob. cit. p. 498.

Nestes casos, para permitir a punição do agente ébrio, deve-se recorrer à teoria da *actio libera in causa* (assunto estudado no capítulo da culpabilidade e suas causas de exclusão).

4.1.13 Agravantes nos crimes praticados por duas ou mais pessoas (art. 62)

O artigo 62 do Código Penal disciplina as agravantes no caso de crimes praticados por duas ou mais pessoas (não necessariamente em concurso, como equivocadamente as rotulou o legislador) ⁶⁴.

A pena será agravada em relação ao agente que:

(A) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (coautor intelectual);

(B) coage ou induz outrem à execução material do crime (autor mediato);

(C) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (autor mediato);

(D) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (concorrente mercenário).

4.2. Das atenuantes

Esgotadas as circunstâncias agravantes, passemos às **circunstâncias que atenuam a pena** (arts. 65 e 66, ambos do CP).

☒ *As atenuantes sempre atenuam a pena?*

A **regra** também é a de que as **atenuantes sempre atenuam a pena**, por previsão expressa do artigo 65, *caput*, do Código Penal. Porém, a doutrina alerta existirem (questionáveis) **exceções**:

1ª) Não incide a atenuante quando a circunstância já constitui ou privilegia o crime. Trata-se de exceção criada pela doutrina e que merece atenção. Estudamos que a razão de a agravante não incidir quando também qualifica ou constitui o crime é para evitar *bis in idem*. Em se tratando de atenuantes, não existe esse perigo. Logo, sem previsão legal (e que venha logo lei corrigindo essa lacuna), nos parece que esta exceção ofende o princípio da legalidade, configurando **analogia in malam partem**.

2ª) Por força de interpretação jurisprudencial, a pena intermediária não pode ficar aquém da sanção mínima cominada ao tipo penal. Em outras palavras, na segunda fase de aplicação da pena, o juiz está adstrito aos limites previstos no tipo penal. Assim, se a

64. Como bem alerta Cleber Masson: "A terminologia utilizada pelo legislador é inadequada. Afigura-se equivocado falar-se em agravante no 'concurso de pessoas'. Concurso de pessoas, em termos técnicos, é a colaboração de dois ou mais agentes culpáveis para a prática de uma infração penal. E, como a pluralidade de agentes culpáveis é um dos traços característicos do instituto do concurso de pessoas, essa expressão é imprópria, pois os incisos II e III do art. 62 dizem respeito a dois típicos casos de autoria mediata" (ob. cit. p. 659).

pena-base for fixada no mínimo, a atenuante não incidirá. Nesse sentido anuncia a Súmula 231 do STJ: *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*.

No entanto, como já escrevemos, a orientação contida na súmula, sem amparo legal, ofende ao menos três princípios constitucionais: da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. Vejamos o nosso raciocínio com a ajuda de um exemplo.

JOÃO (22 anos) e ANTONIO (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena abstrata de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não vislumbrou circunstâncias judiciais relevantes, ambos primários e apresentando bons antecedentes. Apenas ANTONIO apresenta circunstância atenuante (da menoridade), não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena. Eis o caminho percorrido pelo Juiz:

	Condenado JOÃO (22 anos)	Condenado ANTONIO (19 anos)
1ª fase	PENA-BASE = 6 anos (circunstâncias judiciais favoráveis)	PENA-BASE = 6 anos (circunstâncias judiciais favoráveis)
2ª fase	PENA INTERMEDIÁRIA = 6 anos	PENA INTERMEDIÁRIA = 6 anos (o juiz identificou uma circunstância atenuante, da menoridade, porém não pode aplicá-la, já que a pena-base havia sido fixada no mínimo)
3ª fase	PENA DEFINITIVA = 6 anos	PENA DEFINITIVA = 6 anos

Percebam que, apesar de JOÃO e ANTONIO apresentarem condições distintas (ANTONIO era menor de 21 anos na data dos fatos), foram tratados de forma igual, ferindo a isonomia material. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em relação a ANTONIO, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela doutrina, sem amparo legal.

Discorrendo sobre o tema, Cezar BITENCOURT esclarece:

“O entendimento contrário à redução da pena para alguém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes ‘sempre atenuam a pena’, independentemente e já se encontrar no mínimo cominado (...).

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para alguém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma de 1984 (Lei nº 7.209/84).”⁶⁵.

65. Ob. cit. p. 765-6.

3ª) Por fim, atento ao disposto no artigo 67 do Código Penal, constatado o concurso entre agravantes e atenuantes (assunto já estudado), não incidem estas quando aquelas forem preponderantes.

Exemplo: Num crime de homicídio (art. 121 do CP), o fato de o agente ter cometido o crime sob a influência de multidão é circunstância atenuante de pena. No entanto, o juiz, ao analisar as condições pessoais do sentenciado, constata ser o mesmo reincidente. Assim, na segunda fase, deve prevalecer a agravante da reincidência, circunstância preponderante.

☒ ***As atenuantes incidem em todos os crimes?***

Sim. Diferente das agravantes, as atenuantes incidem nos crimes dolosos, culposos e preterdolosos.

Passemos ao estudo das circunstâncias que atenuam a pena, previstas no Código Penal, obedecendo a sequência legal (arts. 65 e 66).

4.2.1. Menoridade (art. 65, I, 1ª parte)

A pena deve ser atenuada quando o agente, à época do fato (da ação ou omissão – art. 4º, CP), era menor de 21 anos de idade (menoridade relativa).

O legislador penal parte da premissa que a pessoa, antes de completar o 21º aniversário, é imatura, apresentando personalidade em desenvolvimento.

De acordo com a maioria, tal premissa foi mantida, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 que, no seu art. 5º, anuncia que a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

A opção estampada no Código Civil não revogou a atenuante da menoridade relativa trazida pelo art. 65 do CP, preocupando-se o direito penal com a **idade biológica** do agente (não considerando sua capacidade civil).

Nos termos da Súmula nº 74 do STJ, “*para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil*”, o que revela a desnecessidade de identidade ou certidão de nascimento, se existir outro meio idôneo para a comprovação.

4.2.2. Senilidade (art. 65, I, 2ª parte)

O artigo 65, I, 2ª parte, do CP, noticia que a pena deve ser atenuada quando o agente for maior de 70 (setenta) anos **na data da sentença**. Esclarece **CLEBER MASSON**:

“Velhice, ou senilidade, é a atenuante genérica incidente ao réu maior de 70 (setenta) anos ao tempo da sentença, qualquer que seja a data do fato. Fundamenta-se nas alterações físicas e psicológicas que atingem pessoas com idade avançada, aptas a influírem no ânimo criminoso, e também na menor capacidade que têm para suportar integralmente a pena, que por isso deve ser amenizada” 66.

O termo “sentença” compreende a decisão de 1º grau, salvo se absolutória, hipótese em que abrange o acórdão (condenatório).

Exemplo1: JOÃO, com 69 anos de idade, é condenado em primeiro grau. Recorre da decisão, sendo confirmada pelo Tribunal quando JOÃO já tinha mais de 70 anos. Não incide a atenuante (o acórdão foi meramente confirmatório).

Exemplo 2: JOÃO, com 69 anos de idade, é absolvido da acusação constante na denúncia. O Ministério Público recorre e o Tribunal reforma a decisão, condenando JOÃO, que completou 71 anos de idade, nos exatos termos da acusação inicial. Nesse caso, tratando-se de acórdão condenatório, cabe a atenuante.

É importante anotar que, apesar de a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) considerar idoso aquele que tem mais de 60 (sessenta) anos, esse diploma não alterou a atenuante em estudo, preocupada apenas com a senilidade do sentenciado (presumida a partir dos 70 anos).

4.2.3. O desconhecimento da lei (art. 65, II) ⁶⁷

Embora seja inescusável, a ignorância ou errada compreensão da lei funciona como atenuante genérica prevista no artigo 65, II, do Código Penal.

Não se confunde com erro de proibição:

Ignorância da Lei	Erro de Proibição
Nem sempre o agente que ignora a lei desconhece a ilicitude do seu comportamento.	Nem sempre o agente que desconhece a ilicitude do seu comportamento, ignora a lei.
Exemplo: JCÃO, apesar de ignorar que o desrespeito ao hino nacional é contravenção penal tipificada no art. 35 da Lei nº 5.700/71, passa a achincalhar a letra, sabendo que seu comportamento é reprovado socialmente.	Exemplo: JOÃO, mesmo sabendo que homicídio é crime, acredita que o tipo não alcança a eutanásia.
Serve como atenuante de pena.	Se inevitável, isenta o agente de pena; se evitável, reduz a sanção penal.

4.2.4. Motivo de relevante valor moral ou social (art. 65, III, “a”)

São circunstâncias que atenuam a pena ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor moral ou social.

Por motivo de **relevante valor moral** entende-se aquele ligado aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.

67. A Lei de Contravenções Penais tem disposição expressa no sentido de que: “No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada” (art. 8º). Trata-se de hipótese específica de perdão judicial diante da ignorância da lei – em regra inescusável.

Já o *relevante valor social* diz respeito aos interesses de toda uma coletividade, logo, nobre e altruístico.

Ambos os motivos (social e moral), porém, não de ser relevantes, ou seja, de considerável importância.

4.2.5. Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento reparado o dano (art. 65, III, “b”)

Anuncia o CP que a pena deve ser atenuada o agente, arrependido, espontaneamente (sem interferência externa), procurar evitar ou minorar as consequências do crime, ou, antes do julgamento, repara integralmente o dano.

Deve ser lembrado que:

(A) Em se tratando de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, a reparação do dano ou restituição da coisa até o recebimento da denúncia ou queixa serve como causa de diminuição de pena, prevista no art. 16 do CP (arrependimento posterior, que se contenta com a voluntariedade, não exigindo espontaneidade);

(B) No estelionato na modalidade de emissão de cheques sem fundos, a reparação do dano antes do recebimento da inicial obsta a instauração da ação penal (Súmula 554 do STF, *a contrario sensu*), não se aplicando o instituto do arrependimento posterior (previsto no art. 16 do CP) ou a atenuante em estudo.

(C) Em caso de peculato culposo, a reparação do dano ou restituição da coisa, se precede a sentença irrecorrível, é causa especial extintiva da punibilidade. Se lhe é posterior, é causa de redução de metade da pena (art. 312, §3º, CP).

(D) Nos crimes contra a ordem tributária, o pagamento integral do débito tributário, nos termos do artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, (aplicável tanto aos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 quanto aos arts. 168-A e 337-A do CP). Nesse sentido, tem eficácia meramente subsidiária o artigo 168-A, §2º, do Código Penal que também traz hipótese específica de reparação do dano.

(E) Por fim, nos crimes de menor potencial ofensivo, segundo procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, permite-se às partes a composição civil dos danos (art. 74 da Lei)⁶⁸. Havendo, por ocasião desta conciliação, reparação do dano ou restituição da coisa, ocorrerá a extinção da punibilidade (vide parágrafo único do dispositivo).

68. No Estado de São Paulo, a Polícia Civil, por meio de seus departamentos regionais, criou os Núcleos Especiais Criminais (NECRIMs), destinados, nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal dependa de queixa ou esteja vinculada a representação do ofendido, a promover, na própria delegacia de polícia, a conciliação preliminar entre os envolvidos no fato delituoso, sempre na presença de representante da OAB. Note-se, contudo, que a simples conciliação preliminar não tem o condão de extinguir a punibilidade, pois, finalizado o ato, a autoridade policial remete o termo de conciliação, juntamente com o termo circunstanciado, ao Juizado Especial Criminal, onde haverá a apreciação

4.2.6. Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, “c”)

A alínea “c” traz uma série de circunstâncias atenuantes, começando pela coação (física ou moral) resistível. Não pode ser esquecido que a coação física irresistível exclui conduta; se moral, mas também irresistível, exclui a culpabilidade (art. 22, primeira parte, CP).

Em seguida, temos a atenuante da obediência hierárquica no cumprimento de ordem ilegal (se não claramente ilegal, exclui a culpabilidade do subalterno, respondendo pelo crime somente o superior, art. 22, segunda parte, CP).

Por fim, a pena será atenuada quando o agente praticar o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, dispensando reação imediata⁶⁹.

4.2.7. Confessado espontaneamente perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, “d”)

A confissão do agente serve como atenuante de pena, desde que:

(A) **Seja espontânea:** espontânea é a assunção, livre de interferência subjetiva externa, dos fatos imputados. A decisão de confessar deve partir do próprio agente. A confissão voluntária, decorrente de interferência externa, pode configurar circunstância atenuante nos moldes do art. 66 do CP.

(B) **Perante a autoridade:** a confissão deve ser feita perante a autoridade pública (juiz de direito ou delegado de polícia). A confissão policial retratada em juízo não permite a incidência da atenuante, salvo se utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória. Nesse caso, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em favor do réu, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo⁷⁰.

☒ Cabe a atenuante quando a confissão é qualificada (ou somente quando simples)?

A confissão simples se dá quando o acusado assume a prática dos fatos que lhe são atribuídos, podendo ser total (narrando o agente o crime com todas as suas circunstâncias) ou parcial (caso em que não admite, por exemplo, qualificadoras ou causas de

pelo Ministério Público e pelo magistrado, que, considerando o procedimento em ordem, poderá determinar a extinção com base no art. 74 da Lei nº 9.099/95.

69. Nos crimes de homicídio (art. 121 CP) e lesões corporais (art. 129 CP), a injusta provocação da vítima pode gerar diminuição de pena de 1/6 a 1/3, mas, nesses casos, exige-se domínio de violenta emoção (algo mais absorvente que mera influência), somado à reação imediata.

70. Admitindo: STJ – Quinta Turma – HC 184.559 – Rel. Min. Jorge Mussi – Dje 13/06/2012. Não admitindo: STJ – Sexta Turma – AgRg no REsp 1.416.247/GO e AgRg no REsp 1338485/SE.

aumento). Já na confissão qualificada, o réu admite a autoria do evento, mas alega fato impeditivo ou modificativo do direito (como a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade). Para o Supremo Tribunal Federal, é possível aplicar a atenuante, mesmo quando a confissão é qualificada⁷¹. No Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena se utilizada como fundamento para a condenação⁷²⁻⁷³. A confissão parcial, no entanto, deve ser relativa ao fato típico atribuído ao agente, pois, caso confesse parcialmente para tentar modificar a imputação, não incide a atenuante⁷⁴.

✓ É possível a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea do réu?

A questão gera indisfarçável controvérsia. Para uma corrente, é inviável a compensação, pois a circunstância agravante da reincidência é preponderante, devendo prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos exatos termos do art. 67 do Código Penal. Para outra, a compensação mostra-se possível, eis que ambas as circunstâncias são preponderantes: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas consequências) e a segunda por expressa previsão legal.

A 3ª Seção do STJ, por maioria, adotou a segunda orientação: “a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação” (REsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião

71. STF – Primeira Turma – HC 99436 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 06/12/2010; STF – Primeira Turma – HC 82337 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 04/04/2003.

72. Súmula 545: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

73. “O fato de o denunciado por furto qualificado pelo rompimento de obstáculo ter confessado a subtração do bem, apesar de ter negado o arrombamento, é circunstância suficiente para a incidência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Isso porque, consoante entendimento sufragado no âmbito do STJ, mesmo que o agente tenha confessado parcialmente os fatos narrados na exordial acusatória, deve ser beneficiado com a atenuante genérica da confissão espontânea (HC 322.077-SP, Quinta Turma, DJe 3/8/2015; e HC 229.478-RJ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015)” (HC 328.021/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ-PE), DJe 15/9/2015).

74. “O fato de o denunciado por roubo ter confessado a subtração do bem, negando, porém, o emprego de violência ou grave ameaça, é circunstância que não enseja a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP). Isso porque a atenuante da confissão espontânea pressupõe que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado. Ocorre que, no caso, o réu não admitiu a prática do roubo denunciado, pois negou o emprego de violência ou de grave ameaça para subtrair o bem da vítima, numa clara tentativa de desclassificar a sua conduta para o crime de furto. Nesse contexto, em que se nega a prática do tipo penal apontado na peça acusatória, não é possível o reconhecimento da circunstância atenuante. Precedente citado: HC 98.280-RS, Quinta Turma, DJe 30/11/2009” (HC 301.063/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 18/9/2015).

Reis Junior, julgado em 23/5/2012)⁷⁵⁻⁷⁶. O STJ, por sua vez, decidindo habeas corpus impetrado contra acórdão em que houvera sido negada a compensação, considerou que a decisão impugnada estava em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do tribunal “no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli)” (HC 105.543-MS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29/04/2014).

4.2.8. Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (art. 65, III, “e”)

O crime cometido pela multidão, em meio a tumulto, tem a pena atenuada, desde que o agente não tenha sido o provocador. Trata-se do crime multitudinário (ex.: briga entre torcidas nos estádios, linchamentos de criminosos presos em flagrante por membros de uma comunidade etc.).

Os fundamentos da atenuante foram esclarecidos por NUCCI, lembrando as lições de ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ:

“Sob o domínio da multidão em tumulto opera-se, por assim dizer, um fenômeno de desagregação da personalidade. Os bons sentimentos humanos cedem lugar à maré invasora dos maus instintos, das tendências perversas e antisociais. Facilmente se processa e se transmite de indivíduo a indivíduo a sugestão criminosa. A ideia do delito ganha terreno nessa praça de antemão conquistada. E os piores crimes passam a ser cometidos por pessoas que, individualmente, seriam incapazes de causar o menor mal a seu semelhante. Dáí a pequena periculosidade do que age sob tal influência.”⁷⁷.

75. Há, no entanto, decisão do STJ no sentido de que, tratando-se de agente multirreincidente, não é possível promover a compensação, que implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (AgRg no REsp 1.424.247/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/2/2015).

76. O STJ decidiu também que a atenuante da confissão espontânea se compensa com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher: “O STJ tem firme entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser utilizada como circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes, nos termos consignados pelo art. 67 do CP. Nessa linha intelectual, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou a compreensão de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si. Nessa senda, o referido entendimento deve ser estendido, por interpretação analógica, à hipótese em análise, dada sua similitude, por também versar sobre a possibilidade de compensação entre circunstâncias preponderantes” (AgRg no AREsp 689.064/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/8/2015).

77. Ob. cit. p. 399/400.

4.2.9. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66)

Depois de elencar circunstâncias específicas que atenuam a pena, o legislador deu margem, com o artigo 66 do Código Penal, à atenuação da pena por conta de “*circunstância relevante anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei*”. É a atenuante da clemência (ex.: confissão voluntária, não abrangida pelo art. 65, III, “d”, restrito à confissão a espontânea)⁷⁸.

Parcela da doutrina lembra, nesse tema, a **coculpabilidade**, teoria que caracteriza campo fértil para a incidência do art. 66 do CP. Parte da ideia de que a sociedade, muitas vezes, é desorganizada, discriminatória, excludente, marginalizadora, criando condições sociais que reduzem o âmbito de determinação e liberdade do agente, contribuindo, portanto, para o delito. Essa postura da sociedade deve ser em parte compensada, arcando com parcela da reprovação.

Elogiada no início, hoje essa teoria é alvo de relevantes críticas:

- 1ª) Parte da premissa de que a pobreza é a causa do delito;
- 2ª) Pode conduzir à redução de garantias quando se trata de processar o rico;
- 3ª) Continua ignorando a seletividade do poder punitivo.

LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA preferem a **teoria da vulnerabilidade**:

“Quem conta com alta vulnerabilidade (de sofrer a incidência do Direito penal), e esse é caso de quem não tem instrução, nem *status*, nem condições de ‘pagar advogado’, nem família, nem diploma etc., teria a sua culpabilidade reduzida (todas essas circunstâncias levariam a uma diminuição de pena). Ao contrário, aquele que desfruta de baixa vulnerabilidade (quem conta com *status*, boa educação, diploma etc.) teria mais intensa culpabilidade”⁷⁹.

5. TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

A última fase do cálculo da pena tem como **finalidade** a fixação da reprimenda definitiva. Toma como ponto de partida a pena-intermediária da etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as causas de aumento e de diminuição de pena.

78. Para o STJ, os bons antecedentes do agente não são capazes de atrair a atenuante inominada, pois se trata de circunstância judicial relativa à primeira fase de aplicação da pena (art. 59 do Código Penal): “Não caracteriza circunstância relevante anterior ao crime (art. 66 do CP) o fato de o condenado possuir bons antecedentes criminais. A atenuante inominada é entendida como uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao delito, não disposta em lei, mas que influencia no juízo de reprovação do autor. Excluem-se, portanto, os antecedentes criminais, que já são avaliados na fixação da pena-base e expressamente previstos como circunstância judicial do art. 59 do CP” (REsp 1.405.989-SP, Rel. para o acórdão Min. Nefi Cordeiro, DJe 23/9/2015).

79. Ob. cit. p. 418.

Tipo simples Tipo qualificado	As circunstâncias judiciais (art. 59, CP)	Pena base
Pena base	As circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 e 62; arts. 65 e 66 do CP)	Pena intermediária
Pena intermediária	As causas de aumento e de diminuição de pena	Pena definitiva

Também denominadas **majorantes e minorantes**, estão situadas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal (sem esquecer que podem estar também previstas na legislação extravagante) e são facilmente identificadas, porque estabelecem um *quantum* (geralmente em fração) para o aumento ou diminuição. Este *quantum* pode ser fixo ou variável, conforme a previsão legal.

Não há de se confundir, sob qualquer aspecto, as causas de aumento e de diminuição de pena com as circunstâncias agravantes e atenuantes. Podemos dizer que a principal diferença entre elas é o efeito: as majorantes e minorantes podem elevar a pena para além do patamar máximo, bem como reduzir para aquém do limite mínimo da pena cominada (enquanto as agravantes e atenuantes, como visto, não têm esse condão).

Vejamos, de forma esquematizada, as suas características:

Agravantes Atenuantes	Causas de Aumento Causas de Diminuição da Pena
Também chamadas circunstâncias legais.	Também chamadas majorantes e minorantes.
São consideradas na 2ª fase de aplicação da pena.	São consideradas na 3ª fase do cálculo da pena.
Estão localizadas somente na parte geral do CP (sem prejuízo de outras circunstâncias na legislação extravagante).	Estão localizadas tanto na parte geral como na parte especial (bem como em legislação extravagante)
Não há previsão legal para o <i>quantum</i> de aumento ou de diminuição.	O <i>quantum</i> de aumento ou diminuição tem previsão legal e pode ser: • fixo: ex. – art. 121, §4º (no homicídio doloso, a pena é aumentada de 1/3 quando a vítima é menor de 14 anos) • variável: ex. – art. 14, parágrafo único (na tentativa, a pena do crime é reduzida de 1/3 a 2/3).
O juiz está adstrito aos limites legais (pena cominada), não podendo elevar a pena-base além do máximo, nem aquém do mínimo	O juiz não está adstrito aos limites legais. Uma causa de aumento pode elevar a pena além da sanção máxima em abstrato; a causa de diminuição pode reduzir a pena aquém do mínimo abstratamente previsto no tipo.

As causas de aumento também se distinguem da qualificadora. A primeira majora a pena; a segunda qualifica o crime, dando-lhe novo preceito secundário. O tipo qualificado, como já mencionado, é utilizado como ponto de partida na primeira fase de fixação da pena (tal qual o tipo simples). Caracteriza-se por estabelecer novos patamares mínimo e máximo para a reprimenda penal em abstrato (ex: homicídio simples, pena de 6 a 12; homicídio qualificado, pena de 12 a 20). As causas de aumento de pena, por sua vez, são manejadas na terceira fase e incidem sobre a pena intermediária.

Em síntese:

Causas de Aumento	Qualificadora
Majora a pena do delito	Qualifica o delito, substituindo penas abstratamente cominadas
Consideradas na terceira fase do cálculo da pena (incidindo sobre a pena-intermediária)	Serve como ponto de partida para o cálculo da pena-base

Havendo uma só causa de aumento ou uma só causa de diminuição, alternativa não resta ao Magistrado: com base no *quantum* previsto em lei, deve aumentar a pena do crime ou diminuí-la, fundamentando sua decisão quando se tratar *quantum* variável, lembrando que, nesta etapa, não está adstrito aos limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário.

É possível, no entanto, concurso entre causas de aumento (pluralidade de majorantes) ou concurso de causas de diminuição (pluralidade de minorantes) ou concurso de causas de aumento e de diminuição (majorante concorrendo com minorante).

Vejamos como proceder em cada hipótese.

5.1. Concurso (homogêneo) de causas de aumento

a) Causas de aumento previstas na Parte Geral

Quando previstas na parte geral do Código Penal, o juiz, sem escolha, deve aplicar as duas, observando, no entanto, o *princípio da incidência isolada*, isto é, o segundo aumento recai sobre a pena precedente, não sobre a pena já aumentada.

EXEMPLO: Pena-intermediária de 6 anos. Sobre ela incidirão duas causas de aumento previstas na parte geral: uma majora de 1/3, a outra de 1/2. A operação se resume: 6 anos + 1/3 de 6 anos (2 anos) + 1/2 de 6 anos (3 anos) = 11 anos de prisão (6 + 2 + 3). Percebam que o juiz primeiro aumenta a pena de 1/3 (6 anos + 1/3 = 8anos). O segundo aumento (1/2) recai também sobre a pena-intermediária de 6 anos, somando-se, em seguida, os dois resultados. Atenção: não se aplica, no caso, o princípio da *incidência cumulativa* (segundo aumento recai sobre a pena já aumentada), pois prejudicaria o réu, como se nota da operação: 6 anos + 1/3 de 6 anos (2 anos) = 8 anos. 8 anos + 1/2 de 8 anos (quatro anos) = 12 anos de prisão (6 + 2 + 4).

(B) Causas de aumento previstas na Parte Especial

Quando previstas na parte especial, o artigo 68, parágrafo único, do CP anuncia: *“No concurso de causas de aumento (...) previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento (...), prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente (...)”*.

Dentro desse espírito, o juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o **princípio da incidência isolada**) ou apenas uma, escolhendo, nesse caso, a que mais aumenta⁸⁰.

(C) Causas de aumento, uma na Parte Geral e outra na Parte Especial

Quando previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial, deve o juiz aplicar as duas, observando, no entanto, o **princípio da incidência isolada**, isto é, o segundo aumento recai sobre a pena precedente, não sobre a pena já aumentada. Atenção: não incide a regra do art. 68, parágrafo único, do CP, que exige ambas na Parte Especial.

5.2. Concurso (homogêneo) de causas de diminuição

a) Causas de diminuição previstas na Parte Geral

Quando previstas na parte geral do Código Penal, o juiz, sem escolha, deve aplicar as duas, observando, no entanto, o **princípio da incidência cumulativa**, isto é, a segunda diminuição recai sobre a pena já diminuída.

EXEMPLO: Pena-intermediária de 6 anos. Sobre ela incidirão duas causas de diminuição previstas na parte geral: as duas minorantes têm a mesma fração (1/2). A operação se resume: 6 anos – 1/2 de 6 anos (3 anos). 3 anos – 1/2 de 3 anos (1 ano e 6 meses) = 1 ano e 6 meses de prisão (6 – 3 – 1 ano e 6 meses). Percebam que o juiz primeiro diminui a pena de 1/2 (6 anos – 1/2 = 3 anos). A segunda diminuição (1/2) recai sobre a pena já diminuída (3 anos – 1/2). Atenção: não se aplica, no caso, o princípio da **incidência isolada** (segunda diminuição recai sobre a pena precedente, e não sobre a pena diminuída), pois resultaria no risco de pena zero (0), como se nota da operação: 6 anos – 1/2 de 6 anos (3 anos) – 1/2 de 6 anos (3 anos) = 0 (6 – 3 – 3).

(B) Causas de diminuição previstas na Parte Especial

Quando previstas na parte especial, o artigo 68, parágrafo único, do CP anuncia: *“No concurso de causas (...) de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se (...) a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais (...) diminua”*.

80. Se houver por bem aplicar apenas uma das causas de aumento, o juiz pode considerar a outra na aplicação da pena-base. Assim, por exemplo, se um roubo for cometido com emprego de arma e com restrição da liberdade da vítima, é possível ao juiz considerar esta última na primeira fase de aplicação da pena para em seguida promover o aumento na terceira fase pela incidência da majorante.

Dentro desse espírito, o juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o *princípio da incidência cumulativa*) ou apenas uma, escolhendo, todavia, a que mais diminua.

(C) Causas de diminuição, uma na Parte Geral e outra na Parte Especial

Quando previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial, deve o juiz aplicar as duas, observando, no entanto, o *princípio da incidência cumulativa*, isto é, a segunda diminuição recai sobre a pena já diminuída. Atenção: não incide a regra do art. 68, parágrafo único, do CP, que exige ambas na Parte Especial.

5.3 Concurso (heterogêneo) de causas de aumento e de diminuição

Quando o juiz se deparar com uma causa de aumento concorrendo com uma causa de diminuição (não importando em qual parte do Código estão estampadas), deve aplicar as duas, observando, na operação, o *princípio da incidência cumulativa*.

Por fim, alertamos que o juiz deve desprezar as frações de dia (as horas), nos exatos termos do que disposto no art. 11 do CP.

6. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Recordando, são três as espécies de penas privativas de liberdade: **reclusão e detenção**, em se tratando de crimes, e **prisão simples**, exclusiva das contravenções penais.

Após ser fixada a reprimenda definitiva, o juiz determinará, na própria sentença, o regime inicial para seu cumprimento.

Trata-se de etapa importante na missão de individualização da pena, devendo ser analisada também à luz do artigo 112 da Lei de Execução Penal, que impõe o sistema progressivo de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Presentes os requisitos subjetivos e objetivos, o condenado migra do regime fixado na sentença para outro, menos rigoroso. Conclusão: o regime estampado na sentença é apenas o inicial (e não o regime de cumprimento integral da reprimenda).

O juiz atenderá aos seguintes fatores para identificar o regime inicial mais justo (e de coerente com os fins da pena): (A) espécie de pena; (B) quantidade da pena definitiva; (C) condições especiais do condenado; (D) circunstâncias judiciais (art. 59, CP) ⁸¹.

81. Havendo **concurso de crimes**, leva-se em consideração o total das penas impostas, que serão somadas no concurso material (art. 69, CP) ou concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP) e exasperadas, nas hipóteses de concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP) ou da continuidade delitiva (art. 71, CP).

Explica BITENCOURT:

“A Lei n. 7.208/84 [Reforma da Parte Geral do CP] manteve a classificação dos regimes de cumprimento de pena instituído pela Lei 6.416/77. Abandonou, contudo, a periculosidade como fato determinante para a adoção deste ou daquele regime, como fazia aquele diploma legal. Agora, os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo. ‘O regime torna-se, agora, o estado de cumprimento da pena, em que se coloca o condenado, no tocante à intensidade modulada da redução da liberdade’”⁸².

Três são os regimes iniciais de cumprimento da pena:

6.1. Regime fechado

A pena, no regime fechado, deve ser cumprida em penitenciária⁸³, alojando-se o condenado, ao menos consoante proclama Lei de Execução Penal, em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88 da LEP)⁸⁴.

Nesse regime (mais rigoroso), o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (art. 34, *caput*, CP).

Em regra, o preso fica sujeito a trabalho durante o dia e o isolamento à noite (art. 34, §1º, CP). A labuta se realiza dentro do próprio estabelecimento prisional e de acordo com as aptidões do reeducando (sempre que possível). A lei admite, em caráter excepcional, o trabalho externo, desde que autorizado pelo juiz ou diretor do estabelecimento, a ser realizado em obras ou serviços públicos. Pressupõe, no entanto, que o condenado tenha demonstrado aptidão, bem como cumprido, pelo menos, um sexto da pena, tomando-se as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 34, §3º, CP e art. 37 da LEP).

É importante lembrar que o trabalho carcerário é, ao mesmo tempo, um dever (art. 39 da LEP) e um direito (art. 41 da LEP) do reeducando (mesmo no regime mais

82. Ob. cit. p. 418.

83. A penitenciária não se confunde com as cadeias públicas, estas destinadas aos presos provisórios (art. 102, LEP).

84. De acordo com o art. 84 da Lei de Execução Penal, modificado pela Lei nº 13.167/15, os presos condenados e os presos provisórios devem ser alojados em locais diversos e, além disso, no respectivo alojamento deve haver divisão específica pela espécie de crime e pelas condições pessoais do preso. Assim, os provisórios serão dispostos conforme sejam acusados (1) pela prática de crimes hediondos ou equiparados, (2) pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou (3) pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos mencionados. Os condenados, por sua vez, são divididos entre os que (1) cometeram crimes hediondos ou equiparados, (2) os reincidentes que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (3) os primários que cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, (4) os demais que praticaram outros crimes ou contravenções em situação diversa.

rigoroso). Dever no sentido de que o preso tem a obrigação de contribuir com o Estado para sua ressocialização⁸⁵; direito porque a cada três dias trabalhados resgata um dia de cumprimento de pena (remição – art. 126, § 1º, II, LEP)⁸⁶⁻⁸⁷⁻⁸⁸.

De qualquer modo, o trabalho não está sujeito ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP), mas será remunerado⁸⁹, com as garantias da previdência social.⁹⁰

Também é possível falar em remição pelo estudo. À míngua de previsão legal, a jurisprudência já havia reconhecido esta possibilidade, o que se consolidou através da Súmula nº 341 do STJ: “*A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto*”. A Lei nº 12.245/2010, dentro desse espírito, alterou o artigo 83 da Lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios. Por fim, com o advento da Lei nº 12.433/11 essa espécie

85. A recusa injustificada ao desempenho da atividade laborativa acarreta, segundo o STJ, punição por falta grave: “Constitui falta grave na execução penal a recusa injustificada do condenado ao exercício de trabalho interno. O art. 31 da Lei 7.210/1984 (LEP) determina a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades, sendo sua execução, nos termos do art. 39, V, da referida Lei, um dever do apenado. O art. 50, VI, da LEP, por sua vez, classifica como falta grave a inobservância do dever de execução do trabalho. Ressalte-se, a propósito, que a pena de trabalho forçado, vedada no art. 5º, XLVIII, “c”, da CF, não se confunde com o dever de trabalho imposto ao apenado, ante o disposto no art. 6º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), segundo o qual os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios vedados pela Convenção” (HC 264.989/SP, Rel. Min. Ericson Marinho, DJe 19/8/2015).
86. O condenado por crime político não está obrigado a trabalhar (art. 200 da LEP). Do mesmo modo o preso provisório (art. 31, parágrafo único, da LEP).
87. É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha trabalho fora do presídio. O entendimento foi fixado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.381.315, julgado em 13/05/2015.
88. Está em julgamento no Supremo Tribunal Federal recurso extraordinário (580.252) com repercussão geral em que se discute a responsabilidade civil do estado em decorrência da execução da pena em estabelecimento prisional sem condições mínimas de salubridade. O Min. Roberto Barroso propôs que, no lugar de impor indenização pecuniária, que acarretaria o ajuizamento de milhares de ações indenizatórias por parte de presos que julgassem estar em condições desumanas, o tribunal estabeleça a possibilidade de remição da pena à razão de um dia de remição para cada três a sete dias cumpridos sob condições adversas, a critério do juiz da Vara de Execuções Penais competente.
89. A Procuradoria Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental questionando a recepção, pela nova ordem constitucional, do art. 29 da Lei nº 7.210/84, segundo o qual a remuneração do trabalho do preso não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo. Argumenta-se que a possibilidade de que a remuneração seja estabelecida abaixo do salário mínimo viola direito fundamental estabelecido no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal (ADPF 336).
90. Na fase de discussão do novo CPC foi debatido o regime razoável/proporcional para abrigar o devedor de alimentos na ocasião do cumprimento da prisão civil. O Congresso Nacional manteve o regime fechado, porém com a garantia de que o preso ficará separado dos presos comuns.

de remição foi positivada, cabendo nos três regimes (fechado, semiaberto e aberto) e no livramento condicional (art. 126, § 6º, LEP). Agora, a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias, elimina-se um dia de pena (126, § 1º, I, LEP), permitindo-se, ainda, a cumulação entre a remição por estudo e por trabalho (art. 126, §3º da LEP). As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou a distância, desde que certificadas (art. 126, § 2º, LEP) e a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena, gera bônus (art. 126, § 5º, LEP).

Seguindo-se a isso, em mais um esforço para viabilizar a ressocialização, a Lei nº 13.163/15 inseriu na Lei de Execução Penal o art. 18-A para implantar nos presídios o ensino médio regular ou supletivo, que deverá ser integrado ao sistema estadual e municipal e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.

Ainda quanto à remição pelo estudo, o STJ a admite pela atividade desempenhada em dias não-úteis, pois não há, no art. 126 da Lei 7.210/84, ressalva que a impeça (AgRg no REsp 1.487.218/DF, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 24/2/2015). E aceita o mesmo benefício por meio da atividade de leitura: “A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal. Sendo um dos objetivos da LEP, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, impõe-se a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade” (HC 312.486/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 22/6/2015).

A Lei 12.962/14, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável, independentemente de autorização judicial (art. 19, § 4º).

6.2. Regime semiaberto

O regime semiaberto (intermediário) será cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo o apenado ser alojado em compartimento coletivo, desde que atendidas às condições adequadas à existência humana previstas para as celas individuais próprias do regime fechado.

O trabalho será comum durante o período diurno, realizando-se dentro do estabelecimento, com a possibilidade de ser realizado no ambiente externo, inclusive na iniciativa privada (a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial). Não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno.

Admite-se, por fim, mesmo que fora do estabelecimento prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, §2º, CP).

6.3. Regime aberto

O regime aberto (menos rigoroso) se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36 do CP). Como bem observa BITENCOURT:

“O maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante”⁹¹.

Com efeito, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º, CP).

O recolhimento dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado Casa de Albergado⁹², prédio que deverá se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras (arts. 94 e 95 da LEP).

A legislação prevê, ainda, duas outras possibilidades para o cumprimento do regime aberto: 1ª) na falta de Casa do Albergado, **estabelecimento adequado** (art. 33, § 1º, do CP); 2ª) conforme as condições pessoais do reeducando, **prisão domiciliar** (art. 117, LEP).

A prisão domiciliar, portanto, é espécie do gênero regime aberto, cabível quando o condenado tem mais de 70 (setenta) anos, é portador de doença grave, tem filho deficiente físico ou mental que dele dependa efetivamente, ou se trate de reeducanda gestante⁹³.

Identificadas as características de cada um dos regimes (fechado, semiaberto e aberto), é preciso analisar os critérios a serem observados pelo juiz sentenciante, lembrando, desde logo, que varia principalmente, de acordo com a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (reclusão, detenção ou prisão simples).

6.4. Pena de reclusão

A pena de reclusão deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*, 1ª parte, CP).

91. Ob. cit., p. 558.

92. Ou em estabelecimento adequado, como determina o art. 33, §1º, “a”, CP.

93. A propósito do tema, decidiu o STJ: “Os argumentos de superlotação e de precárias condições da casa de albergado não permitem, por si sós, a concessão do benefício pleiteado [prisão domiciliar], mormente quando tais situações não foram reconhecidas pelo Tribunal de origem” (HC 240.715, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 02/05/2013). E, semelhantemente, decidiu que a inexistência de casa do albergado não acarreta o reconhecimento direto do benefício de prisão domiciliar se o condenado estiver cumprindo pena em local adequado às condições do regime aberto (HC 299.315/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 2/2/2015).

Quando imposta na sentença pena **superior a 8 (oito) anos**, o Código Penal não distinguiu entre condenado reincidente ou primário, determinando o início do cumprimento da pena em **regime fechado**. Fica claro que o legislador compreende ser incompatível pena tão elevada com os demais regimes, independentemente das condições pessoais do réu ou do tipo de crime.

Sendo a pena **superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8 (oito) anos**, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, desde que o condenado seja primário (se reincidente, o regime inicial deverá ser o fechado).

Se, na sentença, for fixada pena **igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, o regime para início do cumprimento da reprimenda poderá ser o aberto, condicionado, também, à primariedade do agente (se reincidente, o regime inicial será o fechado ou semiaberto, a depender das circunstâncias judiciais, se favoráveis ou não)⁹⁴.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718 do STF). A imposição de regime de cumprimento mais severo exige motivação idônea, leia-se, com base na gravidade em concreto do delito (Súmula 719 do STF).

Nada impede que o magistrado fixe a pena base no mínimo legal e, no momento de determinação do regime de cumprimento da pena, entenda ser cabível regime mais grave do que a pena aplicada sugeriria, à luz das alíneas “a”, “b” e “c” do Código Penal. É que o artigo 59 do Código Penal é critério orientador da aplicação da pena tanto na primeira etapa de aplicação da pena quanto no momento de fixação do regime. **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, entretanto, discorda:

“Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos ‘circunstâncias e consequências do crime’, previstos no art. 59”⁹⁵.

De todo modo, o que se exige do magistrado, mais uma vez, é a fundamentação adequada, compatível com as circunstâncias concretas, e não com a compreensão abstrata que se tem acerca do delito. Nesse sentido, o STJ: “*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*” (Súmula nº 440).

94. STJ. Súmula nº 269. *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

95. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 402.

Algumas leis especiais subtraem do magistrado a possibilidade de fixar o regime inicial de cumprimento da pena. É o que fazem a Lei de Crimes Hediondos⁹⁶ e a Lei de Tortura⁹⁷, determinando, para esses crimes regime (obrigatório) inicialmente fechado, independentemente da pena e das condições pessoais do condenado. Não obstante a dicção legal, ressaltamos, mais uma vez, que o STF, nos autos do HC nº 111.840, em decisão do Tribunal Pleno, julgou inconstitucional o artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, determinando ao juiz que analise as circunstâncias do caso concreto para a fixação do (justo) regime inicial de cumprimento da pena⁹⁸.

6.5. Pena de detenção

Em se tratando de detenção, a pena será cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*, 2ª parte) ⁹⁹.

Aplicada pena **superior a 4 (quatro) anos**, o juiz sentenciante fixará o regime inicial semiaberto, seja o condenado primário ou reincidente.

Quando imposta pena **não superior a 4 (quatro) anos**, o regime inicial poderá ser o aberto, desde que primário o condenado. Na hipótese de réu reincidente, o regime inaugural deve ser o semiaberto (o mais para o tipo de pena).

6.6. Pena de prisão simples

A prisão simples, atualmente, é a espécie de pena cominada às contravenções penais¹⁰⁰.

96. Lei nº 8.072/90. Art. 2º. *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança.* §1º. *A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).*

97. Lei nº 9.455/97. Art. 1º, § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

98. O mesmo tribunal, no entanto, decidiu, quanto ao crime de tortura, ser possível aplicar a regra do regime inicialmente fechado estabelecida no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97. De acordo com a decisão, não é possível “articular com a Lei de Crimes Hediondos, pois a regência específica (Lei 9.455/1997) prevê expressamente que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, o que não se confundiria com a imposição de regime de cumprimento da pena integralmente fechado. Assinalou que o legislador ordinário, em consonância com a CF/1988, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o relator, com a ressalva de seus entendimentos pessoais no sentido do não conhecimento do “writ”. O Ministro Luiz Fux, não obstante entender que o presente “habeas corpus” faria as vezes de revisão criminal, ante o trânsito em julgado da decisão impugnada, acompanhou o relator (HC 123316/SE, rel. Min. Marco Aurélio, 9.6.2015).

99. Não admitir regime inicial fechado não significa que o cumprimento da pena de detenção não possa ocorrer no fechado, sendo perfeitamente possível por meio da regressão (art. 118 da LEP).

100. As contravenções penais também podem ser apenadas com multa, cumulativa ou isoladamente.

Será cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (art. 6º, LCP).

Não existe previsão de regime prisional fechado, independente de ser o condenado reincidente ou não, nem sequer por meio da regressão.

Em resumo:

	Fechado	Semiaberto	Aberto
Reclusão			
Detenção	—	Semiaberto	Aberto
Prisão simples	—	Semiaberto	Aberto

6.7. Regime de cumprimento de pena do índio

Em tópico específico, discutimos a imputabilidade do índio, concluindo que a regra é a da capacidade de ser sujeito de pena.

Uma vez praticado crime por índio não integrado, impõe-se a sanção penal, cujos rigores, de acordo com a legislação própria, podem ser abrandados.

Nesse sentido, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), estabelece o regime especial de semiliberdade para os indígenas, consoante se transcreve: “*As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado*” (art. 56, parágrafo único).

6.8. Regime especial para o cumprimento de pena pela mulher

Alerta o artigo 37 do Código Penal: “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal”. A norma está alinhada com mandamento constitucional previsto no artigo 5º, incs. XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”) e L (“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”).

Desse modo, é garantido às mulheres não apenas lugar diverso do destinado aos homens para cumprimento da pena, mas também o contato com os filhos no período de amamentação (isso não significa que as lactantes tenham direito absoluto de cumprir pena em domicílio, mas, ao contrário, pressupõe recolhimento ao estabelecimento prisional público).

6.9. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena e detração

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação (art. 42 do CP). É o fenômeno da detração, matéria de competência do juiz da execução

penal (art. 66, III, “c”, LEP), tendo como finalidade evitar o *bis in idem* no cumprimento da sanção penal.

Sempre se ensinou que o instituo não influenciava o magistrado sentenciante na fixação do regime prisional. Ao dissertar sobre o tema, GUILHERME DE SOUZA NUCCI advertia:

“A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficou preso 2 anos, preventivamente, para depois ser condenado a 9 anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semiaberto.”¹⁰¹.

Essa lição, hoje, não mais se sustenta. A Lei 12.736/12, alterando a redação do art. 387 do CPP, anuncia no seu §2º: “O tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.”.

O legislador, desse modo, antecipou a análise da detração para o momento da sentença, mais especificamente para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da pena. De acordo com a nova sistemática, deve o magistrado proceder à aplicação da reprimenda normalmente, seguindo o disposto no artigo 68 do Código Penal. Obtida a pena apropriada, na determinação do regime inicial, deve ser observado o tempo de prisão processual. Não se trata, pois, de considerar a detração na aplicação da pena (etapa já encerrada, cabendo, agora, ao juiz da execução), mas tão somente, como expressa o texto legal, de admiti-la para estabelecer um regime inicial justo diante da constrição da liberdade anterior ao trânsito em julgado.

Alertamos, porém, que a detração, nessa fase, só é capaz de permitir regime prisional menos rigoroso se o tempo de prisão provisória, administrativa ou internação coincidir com o requisito temporal da progressão, sem desconsiderar outros requisitos **objetivos** inerentes ao incidente (como a reparação do dano nos crimes contra a administração pública).

Vamos tentar explicar nossa conclusão com o auxílio de um caso prático:

JOÃO, depois de permanecer 5 meses preso preventivamente, é condenado por tentativa de homicídio a pena de 8 anos e 4 meses de reclusão. Antes da Lei 12.736/12, por conta da pena imposta na sentença, a lei determinava o regime inicial fechado (art. 33, § 2º, “a”, do CP). Com a nova ordem legal, o magistrado, na etapa da fixação do regime inaugural, deve computar o tempo de prisão cautelar (5 meses). Esse cômputo, culminando com pena inferior a 8 anos, pode redundar no regime semiaberto (art. 33, § 2º, “b”, do CP), **desde que presentes os requisitos objetivos da progressão, em especial, o requisito temporal**. É dizer: o tempo de prisão cautelar redundaria em regime menos

101. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit. p. 416.

severo quando igual ao tempo necessário para a progressão de regime (1/6 da pena, salvo quando se tratar de crime hediondo ou equiparado, que exige 2/5, se primário o agente, ou 3/5, se reincidente¹⁰²).

Qualquer preso condenado a 8 anos e 4 meses de reclusão, iniciando o seu cumprimento no regime fechado, teria que cumprir mais de 1 ano e 4 meses para galgar regime menos severo. Ora, como pode JOÃO, preso provisoriamente por 5 meses, conquistar a semiliberdade? Raciocínio outro cria campo fértil para a insuficiente (e ineficaz) proteção do Estado ao cidadão, bem como ofensa ao sistema progressivo de cumprimento de pena.

7. PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

É de todos conhecida a deficiência das condições penitenciárias existentes no nosso país, colocando em xeque a eficiência/eficácia das penas privativas de liberdade.

Estudiosos (com aval do legislativo) buscam, incessantemente, alternativas para essa espécie de sanção penal, notadamente as de curta duração.

É dentro desse espírito que a lei determina ao juiz sentenciante¹⁰³, depois de fixado o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, verificar a possibilidade de substituí-la por penas alternativas¹⁰⁴ (restritivas de direitos e/ou multa), ou modificar a sua execução (*sursis* e livramento condicional).

Em resumo:

Restritiva de Direitos/Multa	<i>Sursis</i>/Livramento Condicional
Espécies de pena alternativa	Espécies de medida alternativa
Substituem a pena privativa de liberdade (de curta duração), restringindo direitos do condenado.	Mantêm a pena privativa de liberdade, mas modificam a sua execução (evitando prisão), mediante condições.

102. Para o STJ, considera-se a fração de 3/5 ainda que a condenação anterior não seja por crime hediondo, pois a lei não excepciona (HC 301.481/SP, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ-SP), DJe 11/6/2015).

103. O juiz da execução também pode substituir por penas restritivas a prisão em cumprimento, desde que **não superior a dois anos** e se comprovado o preenchimento dos pressupostos trazidos pelo art. 180 da LEP (condenado cumprindo pena no regime aberto; elementos e personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável).

104. Não podemos confundir as penas alternativas com as denominadas “alternativas à pena”. As penas alternativas são aplicadas em substituição às privativas de liberdade. Dessa forma, em caso de condenação, após proceder na forma do art. 68 do Código Penal para estabelecer a pena privativa de liberdade, o juiz efetua a substituição se preenchidos os requisitos legais específicos. No caso de descumprimento, dá-se a conversão com o consequente encarceramento do sentenciado. As alternativas à pena, por outro lado, surgem como forma de punição autônoma baseada na crescente resistência à pena de prisão, tida como incapaz de cumprir suas finalidades de prevenção e ressocialização. Na alternativa à pena, não há possibilidade de privação de liberdade.

Vamos estudar cada uma, separadamente, começando pelas penas restritivas de direitos, em seguida pela multa, passando para o instituto do *sursis* e encerrando com o livramento condicional.

7.1. As penas restritivas de direitos

7.1.1. Introdução

As restritivas de direitos, espécies de pena alternativa, seguindo a tendência do direito penal moderno, buscam eliminar a pena privativa de liberdade de curta duração, por não atender satisfatoriamente às finalidades da sanção penal.

Como bem ensinam JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO:

“Evidentemente, a pena privativa de liberdade e a multa privam o sujeito de importantíssimos direitos, constitucionalmente tutelados (a liberdade e o patrimônio). Todavia, o marco de sanções prevê a privação de outros direitos através da pena, pois desta forma alcançam-se mais corretamente os objetivos da prevenção geral e especial. Trata-se de hipóteses muito heterogêneas. Chegou-se a contestar a natureza jurídica destas sanções, pois, discute-se, se são penas ou medidas de segurança. Contudo, cremos estar diante de autênticas penas, já que seu fundamento radica na culpabilidade e não na periculosidade do sujeito. Por outro lado, trata-se de sanções político-criminalmente necessárias, porque permitem cobrir espaços que requerem uma resposta penal, mas que se pode resolver satisfatoriamente por meio de alternativas à pena privativa de liberdade.”¹⁰⁵.

☒ O “*sursis*” é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?

De acordo com a maioria, a sanção alternativa deve ser compreendida como **direito público subjetivo do réu**, de modo que, presentes as exigências legais, impõe-se a sua concessão.

7.1.2. Restritivas de direitos: espécies

As penas restritivas de direitos dividem-se em **reais** (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e **pessoais** (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). São, ao todo, cinco espécies¹⁰⁶:

105. Ob. cit. p. 638.

106. Nada impede que outras leis (extravagantes) criem penas restritivas especiais. Sem a pretensão de esgotá-las, trazemos algumas leis que anunciam penas alternativas diversas daquelas previstas no CP: o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), por exemplo, para o usuário, prevê penas de advertência e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; a Lei nº

classificação das penas - espécies de direito	
Reais	Pessoais
Prestação pecuniária art. 45, §1º	Prestação de serviços a comunidade art. 46
Perda de bens e valores art. 45, §3º	Interdição temporária de direitos art. 47
—	Limitação de fins de semana art. 48

Vejamos (numa síntese) as varias espécies de penas restritivas:

(A) Prestação pecuniária

A primeira espécie de pena restritiva de direitos indicada pelo artigo 43 do Código Penal é a prestação pecuniária (e que não se confunde com a multa, como logo se demonstrará), novidade introduzida pela Lei 9.714/98.

Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

O valor pago a título de prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, CP)¹⁰⁷.

De acordo com o que disposto no artigo 45, §2º, desde que o beneficiário da prestação assinta, poderá a prestação pecuniária ser transformada em prestação de outra natureza, previsão de duvidosa constitucionalidade, já que estabelece a possibilidade de criação de pena sem previsão legal, violando-se o basilar princípio da legalidade.

12.299/2010, que alterou o Estatuto do Torcedor, no seu art. 41-B, § 2º, determina ao juiz converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas no mesmo artigo (41-B); a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/95) trouxe, no art. 13, o recolhimento domiciliar como pena alternativa, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória; por fim, prescreve o Código de Defesa do Consumidor que, além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal: [...] II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação (art. 78).

107. Atente-se para o fato de que a Lei nº 11.715/2008 criou a possibilidade de fixação, no momento de prolação da sentença condenatória, do *quantum* mínimo indenizatório (art. 387, IV, CPP).

(B) Perda de bens e valores;

A perda de bens e valores, sanção alternativa também introduzida pela Lei 9714/98, dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento criminoso obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, §3º do CP).

Para muitos, com outra etiqueta, o que se criou foi, na verdade, a pena de confisco. Assim, somos obrigados a diferenciar o “confisco-pena” do “confisco-efeito da condenação” e, para tanto, nos socorremos das lições de BITENCOURT:

“Há duas distinções básicas entre ‘confisco-pena’ e ‘confisco-efeito da condenação’: 1ª) o *confisco-efeito* destina-se à União, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional; 2ª) o objeto do *confisco-efeito* são os instrumentos e produtos do crime (art. 91. II, do CP), enquanto o objeto do confisco-pena é o patrimônio pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a reparação do prejuízo causado nem o proveito do crime. Esses dois – prejuízo causado e proveito do crime – servem apenas de parâmetro para o cálculo.”¹⁰⁸

Acrescentamos mais uma: o *confisco-efeito* pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF/88), enquanto o *confisco-pena* deve obedecer ao princípio da personalidade da pena.

(C) Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

A prestação de serviços, aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade, consiste na execução de atividades à comunidade ou a entidades públicas (ex.: hospitais, escolas, orfanatos, programas comunitários¹⁰⁹).

Será prestada de forma gratuita (art. 30 da LEP), sem gerar vínculo empregatício com o Estado (art. 28, §2º, LEP)¹¹⁰, devendo ser observadas, para a atribuição das tarefas, as aptidões do reeducando.

108. Ob. cit. p 655-6.

109. Entendemos não ser possível cumprir a pena alternativa em igrejas ou qualquer tempo religioso, por ofensa ao Estado laico e por não se enquadrar no espírito da prestação de serviço à comunidade.

110. Diante de tais características há corrente (minoritária) alegando sua inconstitucionalidade, sob o fundamento de constituir-se em inaceitável pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, “c”, CF). Cléber Masson, no entanto, assim rebate: “Em primeiro lugar, a prestação de serviços tem amparo constitucional, fruto do Poder Constituinte Originário (art. 5º, XLVI, “d”), afastando, assim, a argumentação da inconstitucionalidade. Como se sabe, não há norma constitucional inconstitucional quando instituída originariamente pelo texto constitucional. Além disso, essa pena restritiva de direitos representa um benefício ao condenado, que pode ou não desempenhar as tarefas atribuídas, optando pela pena substitutiva ou então pela reconversão à pena privativa de liberdade”. (Ob. cit., p. 650).

Para cada dia de condenação imposto na sentença, uma hora de serviço deverá ser prestado, cuidando-se para que as tarefas não prejudiquem a jornada normal de trabalho do condenado.

Quando a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, §4º do CP).

Cabimento	Pena privativa de liberdade superior a 6 meses.
Razão	1 hora de trabalho por 1 dia de pena.
Pena superior a 1 ano	É facultado o cumprimento em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

O juiz da execução designará a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado irá trabalhar, gratuitamente, conforme suas aptidões (art. 149 da LEP).

A forma de execução poderá ser alterada para ajustá-la às modificações, por exemplo, ocorridas na jornada de trabalho (art. 148 da LEP).

Da leitura do art. 150 da LEP conclui-se que o início do cumprimento da pena restritiva dar-se-á a partir da data do primeiro comparecimento do reeducando, ficando a entidade beneficiada obrigada a encaminhar, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas pelo condenado, bem como, a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar.

O relatório circunstanciado é uma forma de acompanhamento do cumprimento da prestação de serviço. O condenado tem que cumprir pontual e assiduamente o horário de trabalho estabelecido, servindo o relatório como ferramenta para verificação de tais obrigações.

(D) Limitação de fim de semana;

Nos termos do artigo 48 do Código Penal, a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas nesses períodos. Visa a reestruturação intelectual e social do condenado.

Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Durante o período de recolhimento, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas (art. 152 da LEP).

Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação (art. 152, parágrafo único). É sabido que a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais (art. 8º, Lei 11.340/06), tendo como diretrizes (entre outras): a)

promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão da “Lei Maria da Penha” e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres; b) a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia.

Dentro desse espírito, o artigo em estudo, nas hipóteses de crimes configuradores de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevê o comparecimento obrigatório do agressor a programas reeducativos.

(E) Interdição temporária de direitos.

Existem cinco espécies de pena de interdição temporária de direitos, previstas no art. 47 do CP:

(i) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

(ii) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

Essas duas primeiras são específicas, só podendo ser aplicadas aos crimes cometido no exercício de cargo, função, atividade, profissão ou ofício, com violação de deveres a estes inerentes (CP, art. 56).

(iii) A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III do CP). Essa espécie de pena restritiva de direitos foi tacitamente revogada pelo CTB (Lei nº 9.503/97).

(iv) Proibição de frequentar determinados lugares.

(v) Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. Inovação trazida pela Lei 12.550/11, esta proibição deve ser aplicada, em especial (e não exclusivamente), aos candidatos que concorrerem, direta ou indiretamente, para as fraudes de certames públicos, compreendendo concurso público, avaliação ou exame públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior, exame ou processo seletivo previstos em lei (art. 311-A do CP).

Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do CP, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

Nas hipóteses do artigo 47, inciso II, do CP, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado.

E na hipótese do inc. V (proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos)?

Por falta de amparo legal, a execução e/ou fiscalização da pena não será fácil. Para os certames em que são exigidas dos candidatos certidões criminais negativas para a inscrição ou posse, a questão fica contornada, cabendo ao próprio órgão com cargo em concurso a

fiscalização. Mas para aqueles (como OAB, ENEM etc.) em que a exigência não se repete, a tarefa parece difícil, senão inviável, demandando urgente regulamentação, quem sabe com a criação de um cadastro no CNJ, a ser consultado, reunindo os condenados a essa espécie de interdição.

7.1.3. *Restritivas de direitos: características*

Dispõe o artigo 44 do Código Penal que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando presentes os requisitos legais.

Do exposto, extraímos duas características:

(A) Autonomia: as penas restritivas de direito não podem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade¹¹¹;

(B) Substitutividade: o juiz sentenciante primeiro fixa a pena privativa de liberdade (observando o artigo 68 do CP), anunciando, em seguida, seu regime inicial de cumprimento. Depois, na mesma sentença, substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos¹¹².

☒ *Qual o prazo da pena restritiva?*

As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do CP).

Exemplo: suponhamos que JOÃO foi condenado a 2 anos de reclusão pela prática do crime de furto qualificado pela fraude (art. 155, § 4º, II, 2ª figura, do CP). Mostrando-se possível a sua substituição por restritivas de direitos (da espécie limitação de fim de semana), a pena alternativa terá a mesma duração da privativa substituída (2 anos).

Esta regra, entretanto, comporta **exceções**:

1ª) Penas restritivas de natureza real – a prestação pecuniária e a perda de bens e valores se esgotam no momento em que são adimplidas as obrigações respectivas (art. 55, *caput*, CP).

2ª) Prestação de serviços à comunidade – esta espécie de pena restritiva de direito poderá ser cumprida em até metade do tempo da pena privativa de liberdade, se a pena for superior a 1 (um) ano (art. 55 c/c art. 46, §4º, ambos do CP).

3ª) Impedimento de comparecimento às proximidades de estádio –, prevista no Estatuto do Torcedor (art. 41-B, §2º da Lei nº 10.671/2003), esta pena restritiva de direitos pode ter duração **superior** à pena abstratamente prevista no preceito sancionador.

111. Há, entretanto, exceções, como aquelas previstas no art. 78 do Código de Defesa do Consumidor e nos artigos 302, 303, 306, 307 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro.

112. A exceção, nesse aspecto, fica por conta do artigo 28 da Lei de Drogas, que prevê, para o usuário de drogas, penas alternativas como principais (e não substitutivas). No caso, o juiz fixa, desde logo, a pena alternativa, não havendo sanção privativa a ser substituída.

7.1.4. Restritivas de direitos: requisitos

Os **requisitos** para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos estão previstos no artigo 44 do Código Penal e variam de acordo com a espécie de delito praticado

(A) Substituição da pena nos crimes dolosos

Nos crimes dolosos, a substituição da pena privativa de liberdade depende do preenchimento de quatro requisitos, dois de natureza objetiva e dois de natureza subjetiva. São eles:

- (i) pena aplicada não superior a 4 (quatro) anos¹¹³
- (ii) crime cometido sem violência real ou grave ameaça à pessoa
- (iii) não ser o condenado reincidente em crime doloso
- (iv) seja indicada e suficiente a substituição da pena.

Ainda que verificada a reincidência, permite-se a conversão da pena se o condenado não for reincidente específico desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável (art. 44, §3º, CP). Trata-se de clara expressão do **princípio da suficiência da pena alternativa**.

(B) Substituição da pena nos crimes culposos

Nos crimes culposos, qualquer que seja a pena (não importando o delito cometido), permite-se a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

- ☒ ***O autor de crime preterdoloso, para valer-se dos benefícios da substituição da prisão por penas alternativas, deve preencher os requisitos do crime doloso ou culposo?***

O crime preterdoloso está na categoria dos crimes de duplo resultado. O dolo do agente abrange resultado menos grave (ex: vontade de ferir), sendo-lhe atribuído o resultado mais grave (ex: a morte involuntária) a título de culpa.

Apesar de existir corrente em sentido contrário, entendemos que o autor deve obedecer aos mesmos requisitos do crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo realiza-se, por completo, um crime doloso¹¹⁴.

7.1.5. Penas restritivas de direitos x crimes hediondos (ou equiparados)

Discute-se a possibilidade de pena alternativa para crime rotulado como hediondo (ou equiparado). Vamos analisar a questão seguindo a ordem cronológica das várias leis (e decisões) que, explicita ou implicitamente, trataram do assunto.

113. A Lei de Crimes Ambientais, ao prever o mesmo instituto, estabeleceu como requisito objetivo a pena **inferior** a quatro anos, restringindo as hipóteses de concessão do benefício. (Lei nº 9.605/98. Art. 7º *As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I – tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos*).

114. Quando trabalhei as agravantes de pena alertei o leitor que nos crimes preterdolosos a conduta-base é dolosa, sendo o resultado culposo mera consequência, constituindo elemento relevante em sede de determinação da quantidade da pena.

A Lei nº 8.072/90 não trouxe, expressamente, qualquer vedação ao benefício. Contudo, na versão primeira, previu o regime integral fechado, fomentando a controvérsia: para uns, tal regime tornava inviável a substituição (vedação implícita); para outros, partindo da premissa que não existem vedações implícitas (devendo ser, sempre, explícitas) e que o regime integral fechado era inconstitucional, ferindo, dentre outros, o princípio da individualização da pena, não havia base legal para a vedação da substituição.

Depois de mais de uma década, o STF declarou a inconstitucionalidade do regime integral fechado (HC 82.959-7), silenciando sobre a compatibilidade ou não dessa espécie de crime com as penas alternativas (a discussão persistiu).

Com o advento da Lei nº 11.464/2007, alterou-se a redação do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos, não mais prevendo o regime integral, mas sim inicial fechado¹¹⁵.

Com a mudança, a maioria entendeu não haver mais óbice (implícito ou explícito) à substituição da pena em se tratando de crimes hediondos ou equiparados.

Restava, contudo, a vedação expressa na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que foi também declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256) e teve sua eficácia suspensa por meio de resolução do Senado Federal (Resolução nº 5 de 2012).

Diante desse quadro, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, aquilatar se estão presentes os requisitos que autorizam a substituição, observando, ainda, o princípio da suficiência da pena alternativa diante da gravidade do crime hediondo (ou equiparado) cometido pelo sentenciado, evitando, assim, insuficiente intervenção do Estado. Aliás, em várias oportunidades, o STF vem reafirmando o seu posicionamento sobre a inconstitucionalidade de qualquer cláusula legal que veda, apenas com base na gravidade em abstrato do crime, benefícios penais (restritivas de direitos, por exemplo) ou processuais (como a liberdade provisória). Vislumbra, nessas situações, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional.

7.1.6. Penas restritivas de direitos x delitos de ameaça, lesão corporal leve e constrangimento ilegal

Os crimes de lesões corporais de natureza leve (art. 129, *caput*, CP), de constrangimento ilegal (art. 146, CP) e de ameaça (art. 147, CP), apesar de serem dolosos e cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não podem ser excluídos do benefício, uma vez que, nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, são considerados infrações penais de menor potencial ofensivo, fomentando-se, em relação a eles, a aplicação imediata de multa ou pena restritiva de direitos (interpretação sistemática). Assim também compreende **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

115. Ressaltamos, mais uma vez, que o STF, em decisão do Tribunal Pleno, declarou incidentalmente também a inconstitucionalidade do regime inicial fechado (HC nº 111.840).

“Seria um contra-senso uma lei nova, com o objetivo nitidamente *descarcerizador*, que amplia a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade, por equívoco interpretativo obrigar a aplicação de pena privativa de liberdade às *infrações de menor potencial ofensivo*.”¹¹⁶.

Esse raciocínio não se aplica quando se está diante de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar (violência de gênero). Nessas infrações, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), no seu art. 41, expressamente vedou a aplicação da Lei nº 9.099/95¹¹⁷, recordando que o STF, julgando a ADC nº 19, declarou constitucional o referido dispositivo. E o próprio STF, no julgamento do HC nº 129.446, negou a substituição no caso em que o agente fora condenado a três meses de detenção pela prática do crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal. De acordo com o tribunal, a argumentação de que seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no caso de lesão corporal leve não alcança o delito cometido sob a incidência da Lei nº 11.340/06, tanto por não ser de menor potencial ofensivo, já que a pena máxima alcança três anos de detenção, quanto em virtude da vedação contida no art. 41 da Lei nº 11.340/06 a respeito da aplicação da Lei nº 9.099/95. Logo, incide a regra geral de que a substituição só é permitida nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa.

7.1.7. *Penas restritivas de direitos x crime de roubo*

Embora o crime de roubo (art. 157, CP) seja doloso, devemos notar que ele pode ser praticado mediante violência física, grave ameaça (espécies de violência própria) ou utilização de qualquer outro meio que reduza a capacidade da vítima (violência imprópria)¹¹⁸. Neste último caso, entende-se majoritariamente a possibilidade de substituição da pena privativa em restritiva¹¹⁹.

7.1.8. *Penas restritivas de direitos x crimes militares*

O Código Penal Militar não prevê penas restritivas de direitos para crimes militares. Trata-se de opção do legislador, considerando a natureza dos crimes sujeitos à jurisdição castrense. Não parece possível, na omissão **voluntária** da lei, emprestar as penas

116. Ob. cit., p. 644.

117. Na esteira, o STJ editou a súmula nº 536 no sentido de que “A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

118. CP. Art. 157. *Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*

119. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci: “A violência presumida, por outro lado, é forma de violência física, pois resulta da incapacidade de resistência da pessoa ofendida. Quem não consegue resistir, porque o agente se valeu de mecanismos indiretos para dobrar seu esforço (drogando a vítima, por exemplo) está fisicamente retirando o que lhe pertence. Por isso, o que se denomina de violência *imprópria* não passa de violência presumida, que é, no caso do art. 44, igualmente impedida da concessão de penas alternativas.” (*Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 421).

alternativas previstas no Código Penal ordinário, sendo impossível a aplicação da analogia na espécie (esse sentido: STF – HC 91.155/SP).

7.1.9. *Restritivas de direitos: regras da substituição*

Presentes os requisitos que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Código Penal, no art. 44, § 2º, anuncia as regras da substituição, não importando se o crime julgado é punido com reclusão ou detenção, doloso ou culposo: se a sanção privativa de liberdade imposta na sentença **não suplantar um ano** deverá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direito; se **superior a um ano**, o juiz deve optar entre substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa **ou** por duas restritivas de direitos.

Em síntese:

Condenação	A pena poderá ser substituída por
Pena privativa de liberdade igual ou inferior a 1 ano	Pena de multa ou UMA pena restritiva de direito
Pena privativa de liberdade superior a 1 ano	UMA pena restritiva de direito e multa ou DUAS penas restritivas de direito.*
*. Em todo caso, recorde-se que a pena de prestação de serviços à comunidade exige condenação superior a seis meses (art. 46, CP).	

7.1.10. *Restritivas de direitos: conversão*

Até aqui estudamos os pressupostos e requisitos para substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Vamos explicar, a partir de agora, o fenômeno inverso: depois de substituída a prisão por restritiva de direitos, a pena volta a ser privativa de liberdade. A este fenômeno se denomina **conversão (ou reconversão)**. Explica BITENCOURT:

“Ao adotar as penas restritivas de direitos, como substitutivas da pena de prisão, era indispensável dotá-las de *coercibilidade*. E para isso nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa da liberdade. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas substitutivas”¹²⁰.

São hipóteses de **conversão**:

(A) Descumprimento injustificado da restrição

O artigo 44, §4º, do Código Penal anuncia a primeira hipótese e conversão: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

120. Ob. cit., p. 674.

Suponhamos que JOÃO, condenado ao cumprimento de 11 meses de detenção, tem sua pena substituída por restritiva de direitos. Depois de 8 meses de restrição, descumpre, injustificadamente a sanção alternativa. O juiz, diante da prova do não cumprimento da pena restritiva, determina sua conversão em privativa de liberdade. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar (11 meses) será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos (8 meses), devendo JOÃO, portanto, cumprir três meses de detenção.

A detração, novidade trazida pela Lei nº 9.714/98, deve respeitar, sempre, saldo mínimo de trinta dias. Voltando ao nosso exemplo, se JOÃO desse causa à revogação do benefício faltando apenas 20 dias para a extinção da restrição, teria que cumprir 30 dias de detenção, acatando, desse modo, o tempo mínimo imposto pela lei.

Alerta MASSON:

“Em relação às penas restritivas de direitos de prestação pecuniária e perda de bens e valores [de natureza real], em que não existe período de tempo de cumprimento a ser abatido, afigura-se adequado descontar-se da pena privativa de liberdade o percentual do pagamento já efetuado pelo condenado. Exemplificativamente, se a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano foi substituída por prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), e o condenado pagou somente R\$ 500,00 (quinhentos reais), determinando-se a reconversão restará o cumprimento de 6 (seis) meses da pena privativa de liberdade”¹²¹.

(B) Superveniência de condenação por outro crime

Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5º, do CP).

Suponhamos que JOÃO, condenado ao cumprimento de 11 meses de detenção, tem sua pena substituída por restritiva de direitos. Depois de 8 meses de restrição, é condenado a pena privativa de liberdade, por outro crime. O juiz da execução deve aquilatar (sem ignorar os fins da pena) se o reeducando tem condições de cumprir a pena substitutiva anterior e a nova sanção privativa de liberdade. Se JOÃO foi condenado ao regime aberto, parece possível, ao contrário da condenação aos regimes semiaberto ou fechado.

Nota-se que nesta hipótese de conversão o legislador não previu a detração. Ao intérprete pode parecer que, então, determina a conversão da restrição, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar não será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos. Esse raciocínio não nos parece correto. A omissão do legislador não tem fundamento. Cuida-se de omissão involuntária da lei, campo fértil para a analogia (*in bonam partem*).

(C) Outras hipóteses de conversão

O artigo 181 da Lei de Execução Penal prescreve outras hipóteses de conversão da pena restritiva em privativa.

121. Ob. cit., p. 686.

Assim, a pena de **prestação de serviços à comunidade** será convertida quando o condenado:

- (1) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- (2) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- (3) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- (4) praticar falta grave;¹²²⁻¹²³
- (5) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (art. 181, §1º, LEP).

A pena de **limitação de fim de semana** será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a”, “d” e “e” do artigo 181, §1º, da Lei de Execução Penal (hipóteses acima transcritas).

A pena de **interdição temporária de direitos** será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a” e “e”, também do artigo 181, § 1º, da LEP.

7.2. A pena de multa

7.2.1. Introdução

Cominada no preceito secundário do tipo incriminador (isolada, alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade) ou substitutiva da prisão (art. 44 do CP¹²⁴), a pena de multa é espécie de sanção penal patrimonial, consistente na obrigação imposta ao sentenciado de pagar ao fundo penitenciário determinado¹²⁵ valor em dinheiro.

122. Súmula nº 526 do STJ: “O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato”.

123. Súmula nº 533 do STJ: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”. E, uma vez reconhecida a ocorrência da falta grave, é obrigatória a perda de até 1/3 dos dias remidos (STJ: AgRg no REsp 1.430.097/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 6/4/2015).

124. A Lei 9.714/98, alterando a redação do art. 44 do CP, revogou, implicitamente, o art. 60, § 2º, do CP.

125. O Fundo Penitenciário Nacional, destino das multas decorrentes de sentenças penais condenatórias, foi criado pela Lei Complementar 79/94. De acordo com seu art. 3º, alterado pela LC 153/15, os recursos do FUNPEN serão aplicados em: I - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; II - manutenção dos serviços penitenciários; III - formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; V - implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; VI - formação educacional e cultural do preso e do internado; VII - elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; VIII - programas de assistência jurídica

Como bem explica FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Na luta para conter o avanço das penas privativas de liberdade de curta duração, destaca-se a pena de multa. Além de evitar a prisão de curta duração, a multa evita despesas, gerando, inclusive, lucro para o Estado, permitindo ainda a manutenção do condenado em seu círculo social e familiar”¹²⁶.

7.2.2. Aplicação da pena de multa

O Código Penal adota o sistema de dias-multa, baseado tanto nas circunstâncias do crime quanto na capacidade econômica do sentenciado¹²⁷. Esse sistema é vantajoso porque considera a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima, além de outras circunstâncias que agravem, atenuem, aumentem ou diminuam a pena, em conjunto com a fortuna do condenado.

Num primeiro momento o magistrado deve fixar a quantidade de dias-multa, variando de no mínimo de 10 a no máximo 360 (art. 49, CP). Nesta etapa, trabalha-se com o critério trifásico descrito no artigo 68 do Código Penal¹²⁸, aquilatarando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), seguidas das agravantes e atenuantes, encerrando com as causas de aumento e diminuição de pena.

Depois de calculada a quantidade de dias-multa, o magistrado decide o valor de cada dia-multa, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. Nesse momento, observa-se, principalmente, a situação econômica do sentenciado (art. 60, CP). Se, em virtude da situação econômica do réu, o juiz verificar que, embora aplicada no máximo,

aos presos e internados carentes; IX - programa de assistência às vítimas de crime; X - programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI - participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior; XII - publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII - custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos. XIV - manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica. XV - implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais. A criação FUNPEN, no entanto, não impede os Estados da Federação de legislar sobre o assunto (art. 24, I, d, CF/88), ordenando que a sanção pecuniária imposta pela justiça estadual seja encaminhada para fundo sob sua gestão. Em São Paulo, a Lei Estadual 9.171/95 criou o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo (FUNPESP).

126. Ob. cit., p. 470-1

127. Leis Especiais podem anunciar critérios diversos. Na Lei de Licitações, por exemplo, a base da pena de multa corresponde ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente (art. 99 da Lei 8.666/93). Em se tratando de crimes previstos na Lei de Locações de Imóveis Urbanos, a multa varia de 2 a 12 meses do valor do último aluguel, a ser revertida em favor do locatário (art. 43 da Lei 8.245/91).

128. Para Nucci, firma-se o número de dias-multa (mínimo de 10 e máximo de 360) valendo-se apenas das circunstâncias do art. 59 do CP (*Código Penal Comentado*. Ob. cit., p. 355).

essa pena é ineficaz, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), podendo chegar 5.400 salários mínimos¹²⁹.

Mas como é aferida a situação econômica do sentenciado? Basta que se saiba o valor de sua renda ou de seu patrimônio, ou o critério deve ser mais preciso, deduzindo-se o necessário para sua subsistência e de sua família? Esclarece LUIZ RÉGIS PRADO:

“Segundo a orientação de Basileu Garcia, cada dia-multa deveria ser arbitrado “consoante as condições econômicas do réu ou o rendimento diário do trabalho, feita a apreciação pelo julgador dentro de certos limites”. Manifesta o citado autor sua preferência pelo “sistema sueco-finlandês” em que se levam em apreço as deduções oriundas dos encargos a que está sujeito o réu. Apura-se mais exatamente, desse modo, a sua solvabilidade”.

De seu turno, Jorge F. Caballero opina que se deve levar em consideração não a renda, ou outro elemento pecuniário equivalente ou semelhante, mas todos aqueles fatores, de uma ou outra índole, que incidam na situação econômica do condenado, de tal modo que se parta de suas possibilidades reais de pagamento, isto é, de sua efetiva capacidade para suportar a multa e sofrê-la como tal.

Em resumo, o dia-multa deve ser calculado de maneira que, após sua dedução da renda líquida diária, reste ao condenado o mínimo indispensável às despesas com sua manutenção e a de sua família. Daí deflui a fórmula: “tirar do excesso da receita do condenado para que ele receba o mínimo para sua existência”. O juiz ou o tribunal determinará, em cada caso, a quantia do dia-multa, de conformidade com o ponto de vista da margem penal, utilizando de todos os fatores permitidos de medição”¹³⁰.

Sabendo a quantidade de dias-multa e seu valor, o juiz multiplica os dois, definindo a sanção pecuniária.

Cálculo da pena de multa		
Etapas	Mínimo	Máximo
1ª – Fixação da quantidade de dias-multa	10 dias	360 dias
2ª – Cálculo do valor de um dia-multa	1/30 avos do salário mínimo	5x o valor do salário mínimo (podendo ser triplicado – art. 60, § 1º, do CP)
3ª – Multiplica-se a quantidade de dias-multa pelo valor apurado	Ex: 10 dias-multa x 1/30 do salário mínimo = 1/3 do salário mínimo.	

129. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, §2º, do CP), pacificando o STF o entendimento no sentido de que o termo inicial para a atualização deve ser a partir da data do fato. No STJ, a Súmula nº 43 trata do tema: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

130. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. *Do sistema de cominação da multa no Código Penal Brasileiro*. RT. vol. 4. p. 619/629. Out/2010.

No que diz respeito ao interesse de o Estado executar multa de valor irrisório, explica **CLÉBER MASSON**:

“Multa irrisória é a de valor extremamente reduzido. Não há definição legal acerca do seu montante.

A questão controversa reside na necessidade ou não de sua cobrança pelo Estado. Destacam-se duas posições:

1) A multa irrisória não deve ser executada em juízo, já que o Poder Público arcará em sua cobrança com valor superior ao que será ao final arrecadado, e o condenado sequer suportará o caráter retributivo da pena.

2) A cobrança em juízo é obrigatória. Pouco importa o seu valor: pena de multa é pena, incidindo sobre ela os princípios da imperatividade da sua aplicação e da inderrogabilidade de seu cumprimento. É a dominante.”¹³¹.

7.2.3. Pagamento (voluntário) da multa

O pagamento da pena de multa, no Código Penal, está disciplinado de um determinado modo; na Lei de Execução Penal, de outro.

O Código Penal, no art. 50, determina que a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, a Lei de Execução Penal, prevendo o mesmo prazo, anuncia que seu termo inicial se dá após citação do condenado, precedida por extração de certidão da sentença condenatória e requerimento do Ministério Público (art. 164, LEP).

Qual dos dois diplomas deve prevalecer?

Entendemos que a matéria deve seguir os regramentos da Lei de Execução Penal, por ser norma mais benéfica ao sentenciado.

Nesse mesmo sentido, explica **BITENCOURT**:

“Já vimos que a multa, hoje, pode chegar a somas astronômicas (até 5.400 salários mínimos), dependendo das circunstâncias. Por outro lado, o prazo a partir do trânsito em julgado da sentença corre automaticamente. E o prazo referido na Lei de Execução Penal depende de providências processuais e administrativas que podem significar meses ou até anos. E – o que é mais importante –, no caso do Código Penal, o condenado deverá tomar a iniciativa para pagar a multa, uma vez que a sentença condenatória tem força coercitiva. E, no caso previsto na Lei de Execução, a iniciativa caberá ao Estado, através do Ministério Público, de movimentar outra vez o aparelho judiciário para constranger o cumprimento de uma decisão condenatória com trânsito em julgado.

(...)

131. Ob. cit., p. 706.

Diante desse impasse, acredita-se que a jurisprudência e a doutrina acabarão se inclinando pela adoção da norma mais favorável ao réu e também mais coerente, numa interpretação sistemática, o caso, as disposições da Lei de Execução Penal.¹³²

De todo modo, exige-se o trânsito em julgado da sentença, não sendo possível execução provisória da pena de multa.

Há três modalidades de pagamento da sanção patrimonial:

- (A) integral;
- (B) parcelado;
- (C) mediante desconto no vencimento ou salário.

O pagamento parcelado depende de requerimento do condenado e será concedido conforme as circunstâncias do caso concreto (art. 50, *caput*, CP).

Na hipótese de desconto no vencimento ou salário, é necessário que a pena tenha sido aplicada isoladamente, cumulativamente com pena restritiva de direitos ou tenha sido concedido o *sursis*. O legislador alerta que o desconto, no entanto, não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (art. 50, §2º, CP).

7.2.4. Não pagamento da pena de multa

O não pagamento voluntário da multa implicava na sua conversão em privativa de liberdade. Com o advento da Lei nº 9.268/96, **não mais se admite a conversão**, encarando-se a multa não paga como **dívida de valor**, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (art. 51, CP).

Nesse caso, de quem é a competência para a execução forçada da pena?

A doutrina é divergente. Em face da nova sistemática imposta pela Lei 9.268/96, discute-se se o Ministério Público continua legitimado (atuando na Vara das Execuções Penais) ou se é a Procuradoria da Fazenda (executando a sanção na Vara das Execuções Fiscais). Vejamos.

1ª corrente: a competência para a execução da pena de multa continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, seguindo o rito da LEP, arts. 164 e ss (Cezar Roberto BITENCOURT).

2ª corrente: a competência para a execução da pena de multa continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, mas o rito a ser seguido é o previsto na Lei de Execuções Fiscais (Súmula 2 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

132. Ob. cit., p. 743-4.

3ª corrente: com o advento da Lei n. 9.268/1996, o art. 51 do Código Penal passou a considerar a multa criminal como dívida de valor, sendo aplicáveis à execução dessa sanção as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública. Nesse sentido, a multa criminal torna-se executável por meio da adoção dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência da Vara de Execuções Penais. É da Fazenda Pública a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória, e não do Ministério Público (STJ¹³³). Note-se, todavia, que o STJ considera o Ministério Público legitimado para promover medida assecuratória que vise à garantia do pagamento da multa imposta por sentença penal, isso tanto em razão do disposto no art. 142 do Código de Processo Penal como também em decorrência da própria titularidade da ação penal¹³⁴.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, na execução das reprimendas aplicadas na ação penal 470, que o pagamento da pena de multa é necessário para o deferimento da progressão de regime. Não se trata, destacamos, de aplicar a norma estabelecida no art. 33, § 4º, do Código Penal, segundo a qual o condenado por crime contra a administração pública tem a progressão de regime condicionada à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado. O tribunal decidiu, efetivamente, sobre a pena de multa, o que, com a devida vênia, não nos parece adequado, pois desvirtua o propósito da Lei 9.268/96, que, como vimos, modificou o tratamento conferido à pena de multa ao vedar sua conversão em privativa de liberdade no caso de não pagamento. Se a inadimplência impede que se decrete a prisão, é certo que não pode impedir a progressão de regime, em cujos requisitos, de resto, não se inclui o adimplemento da pena pecuniária. Nessa seara, o STJ, atento à natureza da pena de multa, decidiu que não se impede nem mesmo a declaração de extinção da pena se o agente, não obstante inadimplente, cumpriu regularmente a reprimenda privativa de liberdade ou a restritiva de direitos substitutiva (REsp 1.519.777/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10/9/2015).

De qualquer forma, a pena de multa, mesmo considerada dívida de valor, mantém seu caráter penal, respeitando o princípio da pessoalidade da pena, não podendo passar da pessoa do condenado.

Por fim, anotamos que a pena de multa aplicada no Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95), por força do artigo 98, I, da CF/88¹³⁵, será aplicada no juizado, dada a sua competência para executar seus próprios julgados – desnecessária, portanto, a execução pela Vara de Execuções Fiscais.

133. STJ – Quinta Turma – AgRg no REsp 1332225 – Rel. Min. Marilza Maynard, DJe 06/02/2013. Cf. também STJ – Quinta Turma – REsp 1248189 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 10/08/2011.

134. STJ – Sexta Turma – REsp 1.275.834 – Rel. Min. Ericson Marinho, DJe 25/03/2015.

135. CF/88. Art. 98. *A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;*

7.2.5. *Causas de suspensão e interrupção da prescrição da pena de multa*

Sendo aplicáveis as normas relativas às dívidas da Fazenda Pública, o juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição (art. 40 da Lei 6.830/80). O despacho citatório do juiz na execução fiscal é causa de interrupção da prescrição da pena de multa (art. 174, I, CTN).

Conclui FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS:

“Vê-se, portanto, que antes da Lei 9.268/96, durante o cumprimento da pena privativa não fluía a prescrição da multa que havia sido aplicada (CP, art. 117, V).

A partir do advento dessa lei [Lei 9.268/96], o cumprimento da pena privativa de liberdade não interrompe mais a pena de multa. Para interrompê-la, urge que o juiz despache a inicial, ordenando a citação do réu.”¹³⁶

Alertamos, no entanto, que o prazo prescricional continua sendo regulado pelo art. 114 do CP.

7.2.6. *Cumulação de penas de multa*

Temos crimes que preveem, cumulativamente, pena privativa de liberdade e multa (furto, por exemplo).

Nesses casos, é possível o juiz sentenciante, atendendo aos requisitos legais, substituir a pena privativa de liberdade por multa, cumulando, ao final, duas penas pecuniárias?

Imaginemos que JOÃO está sendo julgado por furto simples (art. 155 do CP), punido com reclusão de 1 a 4 anos, e multa. Na sentença, o magistrado, aplicando o critério trifásico, condena JOÃO ao cumprimento de 1 ano de reclusão, e multa.

☒ *Presentes os requisitos legais, pode o magistrado substituir a pena de prisão por outra multa, cumulando, portanto, a multa substitutiva da prisão com a multa principal?*

A resposta nos é dada pela Súmula nº 171 do STJ:

“Cominadas cumulativamente, **em lei especial**, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeza a substituição da prisão por multa.”. A interpretação do verbete sumular nos permite concluir que a jurisprudência (sem qualquer razão aparente) dá tratamento distinto aos crimes previstos no Código Penal e na legislação penal especial: se o crime está tipificado no Código Penal, a operação é possível, cumulando duas penas de multa (substitutiva e principal); se previsto em lei especial, a operação está proibida (ficando vedada a substituição da prisão por pena pecuniária).

136. Ob. cit., p. 475.

7.2.7 A multa e a Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340/2006, no seu artigo 17, veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (salvo, obviamente, nas infrações penais em que a multa é a única pena cominada).

7.2.8 Pena de multa e prestação pecuniária: distinções.

Prestação pecuniária	Multa
Tem natureza jurídica de pena alternativa	Tem natureza jurídica de pena alternativa
É destinada à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social	É destinada ao Estado – Fundo Penitenciário Nacional.
Consiste no pagamento de 1 a 360 salários mínimos	Consiste no pagamento de 10 a 360 dias-multa, variando o dia-multa de 1/30 a 5 salários mínimos.
O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.	O valor pago não será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil.
Em caso de descumprimento injustificado, a lei não proíbe sua conversão em privativa de liberdade. Há, contudo, corrente no sentido de que as restritivas de natureza real não podem ser convertidas, mas sim, executadas como obrigação de fazer.	Em caso de descumprimento injustificado, não pode ser convertida em privativa de liberdade (deve ser executada como dívida ativa).

7.3. A suspensão condicional da pena (“sursis”)

7.3.1. Conceito e natureza jurídica

Dentro do espírito de evitar o recolhimento do condenado à prisão (de curta duração), o nosso ordenamento penal (CP, arts. 77 a 82, LEP, arts. 156 a 163) prevê o “sursis”, instituto de política criminal que suspende, por um tempo certo (período de prova), a execução da pena privativa, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.

Apesar de no passado já se ter rotulado o instituto como espécie de graça, nota-se que a suspensão condicional da pena constitui condenação, modificando-se a forma de cumprimento da sanção penal.

Explica BITENCOURT:

“Para nós, hoje, a suspensão condicional da pena é, como disse Soler, ‘uma verdadeira condenação’, ou seja, não é mais que uma simples modificação na forma na forma de cumprimento das penas que suspende, especialmente na regulamentação do Código Penal

brasileiro, eu determina que, no primeiro ano de prazo, 'deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)'. Em realidade é uma alternativa aos meio sancionatórios tradicionais com que conta o moderno Direito Penal." ¹³⁷.

☑ ***A substituição da prisão por penas alternativas é direito subjetivo do condenado ou faculdade do juiz sentenciante?***

ROGÉRIO GRECO responde:

"Pela redação do art. 77 do Código Penal, somos induzidos, equivocadamente, a acreditar ser uma faculdade do juiz, pois o mencionado artigo diz que *a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos...*

A Lei penal usa a expressão *podará ser suspensa*, sugerindo ser uma faculdade do juiz. Contudo, esse não é o melhor entendimento. Isso porque o art. 157 da Lei de Execução Penal determina que o juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada pelo art. 156¹³⁸, deverá pronunciar-se motivadamente sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue." ¹³⁹.

Para o STJ, o instituto deve, efetivamente, ser compreendido como **direito público subjetivo do réu**:

"Em compasso com o princípio da individualização da pena, bem assim, com o Direito Penal propugnador da pena de prisão como ultima ratio, destinada às infrações de maior gravidade, tem-se por apropriada a concessão da substituição de pena, a qual, mais que benefício, consubstancia-se direito público subjetivo do apenado, se presentes os requisitos para o seu deferimento, como na hipótese dos autos." ¹⁴⁰.

7.3.2. Sistemas

Antes de enfrentar as suas espécies e requisitos, no estudo do "sursis" merece realce **três sistemas**.

O primeiro deles é o **anglo-americano (probation system)** caracterizado pela submissão do réu ao período de prova após o reconhecimento da sua responsabilidade penal, mas sem imposição de pena. Descumpridas as condições, o julgamento é retomado, determinando-se a pena privativa de liberdade a ser cumprida. Não foi contemplado em lugar algum do nosso ordenamento jurídico.

137. Ob. cit., p. 787.

138. LEP, "Art. 156: O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal".

139. Ob. cit., p. 628.

140. STJ – Sexta Turma – HC 158.842 – Rel. Min. Og Fernandes – DJe 02/08/2010.

Também de origem norte-americana, o *probation of first offenders act* representa a suspensão prematura da ação penal, sem reconhecimento da responsabilidade do réu e com a imposição de condições que, não adimplidas, implicam no prosseguimento do processo até condenação e aplicação da sanção penal. Entre nós, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 reconhece este sistema, ao criar a medida despenalizadora da **suspensão condicional do processo**.

Por fim, o terceiro é o **franco-belga**, adotado pelo CP nos artigos 77 a 82 do Código Penal. Nesse sistema, a ação penal segue o seu curso regular com a condenação e imposição da pena privativa de liberdade para, em momento imediatamente posterior, serem estabelecidas condições previstas em lei às quais deverá o condenado se submeter para alcançar a extinção da sanção imposta.

Em resumo:

Sistemas		
Franco Belga	Anglo-americano	"Probation of first offenders"
• O réu é processado; • É reconhecida sua culpa; • Existe condenação; • Suspende-se a execução da pena.	• O réu é processado; • É reconhecida sua culpa; • Suspende-se o processo, evitando a imposição da pena.	• O réu é processado; • Suspende-se o processo sem reconhecimento de culpa.
Art. 77 a 82 do CP	Não está previsto no nosso ordenamento	Art. 89 da Lei nº 9.099/95

7.3.3. Espécies, requisitos e condições

Da combinação dos arts. 77 e 78 do Código Penal, o legislador nos apresenta quatro espécies de "sursis": "sursis" simples (art. 77 c.c. o art. 78, § 1º), "sursis" especial (art. 77 c.c. o art. 78, § 2º), "sursis" etário (art. 77, § 2º, 1ª parte) e "sursis" humanitário (art. 77, § 2º, 2ª, parte).

Só se beneficia do "sursis" etário o condenado maior de 70 anos (não importando sua condição física), enquanto que no humanitário, razões de saúde justificam a suspensão (doenças que têm o tratamento impossibilitado no regime prisional).

Basicamente, nos dois primeiros (simples e especial), a pena privativa de liberdade a ser suspensa não pode ser superior a 2 anos (considerando-se o concurso de crimes), caso em que o período de prova será de 2 a 4 anos; nos dois últimos (etário e humanitário), a pena a ser suspensa não pode suplantar 4 anos (também levando em conta o concurso de crimes), com período de prova variando de 4 a 6 anos¹⁴¹.

141. O STF decidiu que o período de prova não é considerado na análise do requisito temporal para a concessão do indulto natalino: "Em razão de o "sursis" não ostentar natureza jurídica de pena, mas de medida alternativa a ela, o período de prova exigido para a obtenção desse benefício não se confunde com o requisito temporal relativo ao cumprimento de um quarto da pena privativa de

Deve-se atentar para a possibilidade de leis especiais disporem de forma específica sobre o instituto. Nesse sentido, a Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 16, ampliou a concessão do *sursis* para condenações iguais ou inferiores a 3 (três) anos¹⁴².

No “*sursis*” simples, no primeiro ano do período de prova, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78, § 1º).

No *sursis* especial, porque o condenado reparou o dano ou demonstrou impossibilidade de fazê-lo, se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do art. 78, § 1º, pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

(A) proibição de frequentar determinados lugares;

(B) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

(C) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2º).

Nos demais (etário e humanitário), as condições a serem cumpridas no primeiro ano de período de prova vão depender se o beneficiário reparou ou não o dano resultado do crime.

A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado (art. 79 do CP).

☒ **Existe algum tipo de “*sursis*” incondicionado?**

Não existe “*sursis*” sem condições a serem observadas pelo beneficiário, o que seria uma contradição nos próprios termos. Caso o magistrado sentenciante não determine as condições a serem obedecidas pelo condenado, deve o autor da ação opor Embargos de

liberdade para se alcançar o indulto natalino. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, negou provimento a recurso ordinário em “*habeas corpus*” em que se discutia a possibilidade de se computar o período de prova referente ao “*sursis*” como cumprimento de pena para fins de concessão de indulto. Na espécie, os incisos XIII e XIV do art. 1º do Decreto 8.172/2013 teriam reconhecido como merecedores do indulto natalino os réus condenados a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP, ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tivessem cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, requisito temporal vinculado à pena privativa de liberdade, sem qualquer relação com o período de prova do “*sursis*”. O recorrente fora condenado a dois meses de prisão no regime aberto pela prática do crime de lesões corporais culposas, tipificado no art. 251 do CPM e, beneficiado com o “*sursis*”, tivera negado o indulto natalino pelo STJ. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Afirmava que, no caso do indulto, o período de prova para suspensão condicional da pena poderia ser considerado para efeito do atendimento ao requisito temporal, sob pena de um direito atribuído ao cidadão vir, em um passo seguinte, a prejudicá-lo” (RHC 128515/BA, rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/10/2015).

142. Lei nº 9.605/98. Art. 16. *Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos.*

Declaração (art. 382, CPP ou art. 619, CPP, em sede de acórdão condenatório) a fim de sanar a omissão.

Não sanado o vício (ou não sendo opostos Embargos), nada impede que o juízo das execuções fixe as condições a serem observadas, com fulcro nos arts. 66, III, “d”, e 158, §2º, ambos da Lei de Execução Penal. Nesse sentido vem decidindo o STJ:

“se o juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do sursis e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena” (RT 709/389).

Por fim, não importando a espécie, só poderá valer-se da medida alternativa do “sursis”:

(A) O condenado não reincidente em crime doloso (art. 77, I);

A pena de multa anteriormente imposta não impede que seja concedida a suspensão (art. 77, §1º, CP). Ratifica o teor legal a súmula nº 499 do STF prescreve que “*Não obsta à concessão do sursis a condenação anterior à pena de multa*”.

(B) Quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, II);

(C) Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (art. 77, III).

Para facilitar o leitor, reproduzimos as várias espécies de “sursis” num quadro, destacando as semelhanças e diferenças entre os institutos:

	“Sursis” Simple	“Sursis” especial	“Sursis” etário	“Sursis” humanitário
Previsão legal	art. 77 c/c o art. 78, §1º, CP	art. 77 c/c. o art. 78, §2º	art. 77, §2º, 1ª parte, CP	art. 77, §2º, 2ª parte, CP
Pressupostos	Pena imposta não superior a dois anos (considerando o concurso de crimes);		Pena imposta não superior a quatro anos (considerando o concurso de crimes);	
	Período de prova variando de 2 a 4 anos;		Período de prova variando de 4 a 6 anos;	
	–	Reparação do dano ou compro- vada impossibili- dade de fazê-lo;	Maior de 70 anos;	–
	–	Condições favoráveis (art. 59).	–	Condenado doente;

	Suporte Simplex	Suporte Duplex	Suporte Plural	Suporte Unitário
No primeiro ano o beneficiário	sujeita-se às condições do art. 78, § 1º, CP.	sujeita-se às condições do art. 78, § 2º, CP	sujeita-se às condições do art. 78, §1º ou §2º, do CP, dependendo se reparou o dano ou se comprovou a impossibilidade de fazê-lo.	
Requisitos	• condenado não reincidente em crime doloso; • circunstâncias judiciais favoráveis; • não indicada ou cabível restritiva de direitos.			

7.3.4. Revogação

A suspensão condicional da pena poderá ser revogada. A lei anuncia hipóteses de revogação obrigatória e facultativa.

(A) A revogação obrigatória

A revogação obrigatória ocorre nos casos previstos no artigo 81 do Código Penal:

(i) Quando o beneficiário é condenado em sentença irrecorrível por crime doloso

A simples condenação definitiva por crime doloso gera, obrigatoriamente, a revogação do benefício, não importando se a infração penal voluntária foi praticada antes ou depois do início do período de prova.

Para a maioria trata-se de causa de revogação automática, não exigindo decisão do juiz (STF – RT 630/397-8).

Não sem razão, alerta **ROGÉRIO GRECO**:

“Contudo, se for condenado a uma pena de multa ou, mesmo, a uma pena privativa de liberdade que foi substituída pela pena de multa, entendemos que, mesmo havendo essa nova condenação por crime doloso, tal fato não terá o condão de obrigar a revogação”¹⁴³.

(ii) Quando o beneficiário frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem justo motivo, a reparação do dano

Com o advento da Lei nº 9.268/96, que alterou a redação do artigo 51 do Código Penal, foi revogada, tacitamente, a primeira parte do artigo 81, II, do Código Penal (*frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa*), devendo a parte interessada executar a multa imposta.

A segunda parte anuncia que, para não se revogar o benefício, o condenado deve reparar do dano ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Esclarece **FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS**:

143. Ob. cit., p. 633.

“Vimos que a injustificada falta de reparação do dano impede o ‘sursis’ especial, submetendo o acusado ao rigoroso ‘sursis’ simples. E, se depois de obtido o ‘sursis’, ele permanecer inadimplente, sem motivo justo, impõe a lei a revogação do benefício. Vê-se assim que o réu é duplamente penalizado. Com efeito, se não efetua, até a sentença, a reparação do dano, ser-lhe-á negado o ‘sursis’ especial. E, se durante o período de prova, não efetuar a reparação do dano, o benefício será revogado. É claro que se a não-reparação se der por motivo justo, não se impede nem se revoga o ‘sursis’.”¹⁴⁴.

(iii) Quando o beneficiário descumpre as obrigações de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana

Contraria a intenção do legislador, quando da previsão do instituto, o condenado que descumpre as condições impostas. Assim, impõe-se a revogação, que decorre diretamente da lei, devendo ser aplicada se identificada pelo magistrado.

Nessa hipótese de revogação, é imprescindível a oitiva do beneficiário.

(B) A revogação facultativa

As únicas duas hipóteses de revogação facultativa estão anunciadas no art. 81, § 1º, do CP:

(i) Quando o condenado descumpre qualquer outra condição imposta por ocasião da concessão do benefício (art. 78, § 2º, ou art. 79)

Já foi estudado que o descumprimento das condições impostas no art. 78, § 1º, do CP (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana), acarreta a revogação obrigatória do “sursis”.

Agora, alerta o legislador que o não cumprimento, injustificado, de qualquer outra condição suspensiva da execução da prisão, prevista nos arts. 78, § 2º (proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades) ou 79 (especificadas pelo juiz), pode causar a revogação (facultativa).

(ii) Quando o beneficiário é condenado, irrecorivelmente, por crime culposos ou por contravenção penal, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 81, §1º, CP).

BITENCOURT, analisando esta causa de revogação facultativa, observa:

“Essa hipótese afasta a condenação à pena de multa, já que se refere especificamente às outras duas modalidades de penas. Cria, porém, uma situação um pouco complicada: um indivíduo condenado, com a pena suspensa e que durante o período de prova sofre outra condenação à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos pode não ter revogada a suspensão anterior.

144. Ob. cit., p. 540.

Como e quando tal indivíduo cumprirá essa segunda pena? Será cumprida concomitantemente ou sucessivamente? Nem a lei nem a doutrina e tampouco a jurisprudência dizem como e quando será cumprida essa segunda sanção. Tampouco referem se haverá unificação com a pena suspensa que se encontra em período probatório.”¹⁴⁵.

Percebendo está presente causa de **revogação facultativa**, o juiz pode optar: 1) pela revogação; 2) nova advertência; 3) prorrogar o período de prova até o máximo (art. 81, § 3º); 4) exacerbar as condições impostas.

7.3.5. Cassação

Merece atenção a distinção que se impõe entre a **revogação** e a **cassação** do *sursis*. No primeiro, a causa é superveniente ao início do período de prova; no segundo, anterior.

São causas de cassação: a) não comparecimento injustificado do beneficiário na audiência admonitória (art. 161 da LEP); b) o provimento de recurso da acusação contra a concessão da medida alternativa na sentença condenatória; c) o condenado, na audiência, recusa as condições atreladas ao benefício.

7.3.6. Prorrogação

A lei anuncia duas hipóteses em que o período de prova pode/deve ser prorrogado:

(A) Quando, facultativa a revogação, o juiz preferir estender o período de prova até o máximo, evitando-se o cancelamento imediato do benefício concedido (art. 81, § 3º).

(B) Quando o beneficiário esteja sendo processado por outro crime ou contravenção (art. 81, §2º, CP). Aqui, a prorrogação é **automática** e perdura até o julgamento definitivo do processo. Percebam que a simples instauração de procedimento investigatório (inquérito policial) não acarreta a prorrogação do período de prova.

Vejam a diferença entre os institutos até aqui abordados.

Revogação obrigatória	Revogação facultativa	Cassação	Prorrogação
a) Condenação definitiva por crime doloso cometido antes ou depois do início do período de prova; b) Não reparação do dano sem motivo determinado; c) Descumprimento injustificado do art. 78, § 1º, CP.	a) Descumprimento das demais condições; b) Condenação definitiva por crime culposos ou contravenção penal a pena diversa da multa.	a) não comparecimento injustificado na audiência admonitória b) provimento de recurso da acusação contra a concessão da medida alternativa; c) o condenado recusa as condições atreladas ao benefício.	a) Beneficiário processado por outro crime ou contravenção; b) Quando facultativa a revogação , o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

145. Ob. cit., p. 798.

7.3.7. Extinção

Nos termos do que dispõe o artigo 82 do Código Penal, expirado o prazo sem que tenha havido revogação do *sursis*, considera-se **extinta a pena privativa de liberdade**.

Alerta BITENCOURT:

“Uma vez extinta a pena, ainda que se venha a descobrir que o beneficiário não merecia o *sursis* obtido, em face da existência de causas impeditivas, por exemplo, não será revogável a suspensão”¹⁴⁶.

Questão interessante diz respeito à suspensão dos direitos políticos.

A Constituição Federal, em seu art. 15, III, dispõe que a perda ou suspensão dos direitos políticos se dará no caso de condenação criminal transitada em julgado, **enquanto durarem seus efeitos**. Ora, do exposto, conclui-se que o *sursis* implica na suspensão dos direitos políticos do beneficiário, até que, nos termos do art. 82 do Código Penal, se declare extinta a pena pelo decurso do período de prova.

Nesse sentido parece caminhar o art. 18 da Resolução 113 do CNJ:

“O juiz do processo de conhecimento expedirá ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o domicílio eleitoral do apenado para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”.

Entretanto, o STF admitiu que possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, no caso de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas. (RE 601182 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, j 03/03/2011).

☒ É possível “*sursis*” sucessivos e simultâneos?

FLÁVIO MONTEIRO DE BARROS responde:

“*Sursis* sucessivo é o obtido pelo réu após a extinção do *sursis* anterior, o que ocorre quando o sujeito, depois de cumprir o benefício, pratica delito culposo ou contravenção penal. Como não é reincidente em crime doloso, nada obsta que venha novamente a beneficiar-se do *sursis*.”

Por outro lado, *sursis* simultâneos são os cumpridos ao mesmo tempo. Sua existência é possível quando o réu, durante o período de prova, é condenado irrecorrivelmente por crime culposo ou contravenção a pena privativa de liberdade não superior a dois anos. Nesse caso ele pode obter novo *sursis* porque não é reincidente em crime doloso. E nada obsta a manutenção do primeiro, pois a revogação é facultativa.”¹⁴⁷.

146. Ob. cit., p. 800.

147. Ob. cit., p. 542.

☑ ***Cabe a medida alternativa do “sursis” para estrangeiro?***

O Decreto-lei nº 4.865/42 dispunha, em seu artigo 1º, ser “proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário”. Entretanto, as leis posteriores que disciplinam a matéria não repetiram a vedação, motivo pelo qual, atualmente, é plenamente possível o benefício.

Nesse sentido, o STF:

*“O Decreto-lei 4865/42, impedindo o sursis no caso do estrangeiro com visto temporário, não ofende o princípio da isonomia. O diploma, entretanto, resultou revogado pela legislação que em 1969 – e, mais tarde, em 1980-1981 –, estabeleceu o estatuto do estrangeiro sem retomar a antiga restrição.”*¹⁴⁸.

7.4. Livramento condicional

7.4.1. Conceito e natureza jurídica

O livramento condicional é uma medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização.

O benefício é **decorrência do sistema progressivo** de cumprimento de pena (porém, para sua concessão, não pressupõe a passagem por todos os regimes prisionais).

Sua previsão legal se encontra no artigo 83 do Código Penal, sendo de competência do juízo da execução penal, motivo pelo qual a matéria está bem detalhada nos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal.

Atente-se que o livramento não é um benefício que está à mercê da vontade do julgador, mas é um claro **direito subjetivo do apenado**, desde que preenchidas as formalidades constantes do preceito.

Como bem sintetizam **JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO**:

“O livramento condicional constitui o último grau do tratamento penitenciário. Implica uma forma diversa de se cumprir a pena privativa de liberdade, e não significa uma redução temporária da sanção, mas sim de uma maneira diferente de executá-la. O livramento condicional somente é aplicável quando já se cumpriu uma parte da condenação (um terço, a metade, ou dois terços, segundo o caso) pelo que se consideram alcançados todos os fins preventivos gerais. A partir daqui, e somente levando-se em conta a prevenção

148. STF – Segunda Turma – HC 63142 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJ 19/12/1985

especial, se modificará a forma de cumprimento da pena imposta. Advirta-se que no caso de não cumprimento das condições, o que resta da privação de liberdade será executada integralmente. A liberdade condicional significa um caminho para diminuir os efeitos da privação da liberdade, cumprindo assim uma finalidade preventiva especial que beneficia a todos os condenados que dão demonstrações favoráveis de reinserção social”¹⁴⁹.

7.4.2. Requisitos

Para obter o benefício da liberdade antecipada devem ser observados certos requisitos (objetivos e subjetivos), e serem cumpridas determinadas condições.

7.4.2.1. Objetivos

Os **requisitos objetivos** do livramento estão relacionados com a pena imposta e reparação do dano. Vejamos:

(A) A pena imposta deve ser privativa de liberdade;

O instituto do livramento condicional, a exemplo do “sursis”, somente poderá ser concedido à pena privativa de liberdade (não alcança as penas restritivas de direitos ou pecuniária).

(B) A pena concreta a ser cumprida deve ser igual ou superior a dois anos.

Nos termos do artigo 84 do Código Penal, o magistrado deverá somar as penas aplicadas em processos diversos para a verificação desse requisito. Alerta MIRABETE que as penas que devem ser somadas são apenas aquelas por cumprir e não outras já cumpridas e declaradas extintas anteriormente. Caso contrário, o condenado, ao cumprir penas, ficaria sempre com um crédito a ser descontado no lapso temporal exigido para a concessão do benefício¹⁵⁰.

Suponhamos que JOÃO foi condenado pela prática do crime de furto (art. 155 do CP). Na sentença, o juiz fixa a pena de 1 ano e 11 meses de reclusão. Sendo reincidente em crime doloso, JOÃO não merece restritivas de direitos, multa ou “sursis”. Percebam que a pena imposta na sentença inviabiliza, também, o livramento condicional.

Pode JOÃO recorrer para pleitear o aumento da pena em um mês, a fim de preencher o requisito objetivo em exame?

ROGÉRIO GRECO responde:

“A resposta deve ser afirmativa. Isso porque, se a pena não alcançar o limite mínimo de dois anos, o condenado terá de cumprir toda a condenação que lhe fora imposta, ou seja, um ano e onze meses, ao passo que se o tribunal acrescentar um mês à pena aplicada,

149. Ob. cit. p. 671.

150. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 571.

elevando-a para dois anos, o condenado poderá voltar ao convívio em sociedade após cumpridos doze meses e um dia, ou seja, mais da metade da pena imposta, pois é reincidente em crime doloso.”¹⁵¹.

(C) O apenado deve ter cumprido parcela da pena:

O benefício da liberdade condicional é conferido ao condenado que cumpriu parte da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta: mais de metade, se reincidente¹⁵²⁻¹⁵³; mais de um terço, se não reincidente e portador de bons antecedentes¹⁵⁴; mais de dois terços no caso de condenação por crime hediondo ou equiparado¹⁵⁵, desde que o apenado não seja **reincidente específico**¹⁵⁶ em crimes dessa natureza (**livramento condicional qualificado**).

Para atingir o tempo mínimo de pena cumprida, computam-se a prisão provisória, administrativa e internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 42 do CP), bem como a pena remida pelo trabalho e/ou estudo (art. 128 da LEP).

☒ *A falta grave interrompe o prazo para o livramento?*

O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime⁵⁷⁻¹⁵⁸, não o faz para fins de concessão de livramento con-

151. Ob. cit. p. 640-1.

152. Somente a reincidência dolosa é que aumenta a fração de cumprimento da pena como condição do benefício; a culposa, de acordo com a maioria da doutrina, em nada interfere.

153. O STJ decidiu que, na concessão do livramento condicional, a reincidência do agente deve ser considerada entre os requisitos objetivos ainda que não o tenha sido na sentença condenatória, pois “é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo, e não somente nas penas em que ela foi reconhecida. Precedentes citados: HC 95.505-RS, Quinta Turma, DJe 1º/2/2010; e EDcl no HC 267.328-MG, Quinta Turma, DJe de 6/6/2014 (HC 307.180/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 13/5/2015).

154. Deve ser observado que a lei não tratou do condenado primário, mas portador de maus antecedentes. Na omissão, prevalece que o reeducando, com esses predicados, deve cumprir também um terço, o mesmo prazo do portador de bons antecedentes (*in dubio pro reo*).

155. O crime de associação para o tráfico, segundo o entendimento dominante, não é equiparado a hediondo por não figurar no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90. No entanto, de acordo com o STJ, independentemente dessa circunstância, o prazo para o livramento condicional é o mesmo do tráfico de drogas porque a Lei nº 11.343/06 os equipara para esse efeito no art. 44, parágrafo único (HC 311.656/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 2/9/2015).

156. Quanto a este requisito, discute-se o que se entende por **reincidência específica**. Temos, hoje, três correntes: é a prática de novo crime, qualquer daqueles tratados na Lei nº 8.072/90; é a prática de um novo crime hediondo ou equiparado, com a mesma objetividade jurídica do anterior (ex: extorsão + latrocínio); é a prática do mesmo crime hediondo ou equiparado anteriormente cometido. Prevalece a **primeira corrente**.

157. Neste sentido, a súmula nº 534 do STJ: “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”.

158. De acordo com a súmula nº 535 do STJ, “A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto”.

dicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Nesse sentido: Súmula nº 441 do STJ.

(D) Exige-se a reparação do dano causado pela infração penal, salvo impossibilidade de fazê-lo.

A simples ausência de propositura de ação de indenização por parte da vítima não supre a presente necessidade (STF). Também o mero fato de o patrimônio do reeducando estar submetido à constrição processual não o desobriga de reparar o dano causado pela infração penal.

7.4.2.2. *Subjetivos*

Somando-se aos objetivos, temos os **requisitos subjetivos**, vinculados com o lado pessoal do executado. São eles:

(A) Comportamento carcerário satisfatório.

Esse requisito cobra do condenado comportamento adequado durante todo o tempo da execução da pena, seja no cumprimento das obrigações internas, seja no seu relacionamento com demais habitantes do sistema, com os funcionários, elementos indicativos da sua capacidade de readaptação social.

(B) Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído.

O legislador buscou dar ao sentenciado a oportunidade de exercitar sua aptidão para as atividades que lhe serão indispensáveis e úteis na volta à liberdade. Assim, deve aquele que pleiteia o livramento condicional demonstrar que pode bem desempenhar, a título de trabalho atribuído, tanto as atividades levadas a cabo no interior do cárcere, quanto aquelas desenvolvidas fora da prisão, quer sejam no serviço público, quer sejam na iniciativa privada.

(C) Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Este requisito aparece como desdobramento lógico do anterior. Como bem esclarece BITENCOURT:

“A lei não determina que o apenado deve ter emprego assegurado no momento da liberação. O que a lei exige é a aptidão, isto é, a disposição, a habilidade, a inclinação do condenado para viver à custa de seu próprio e honesto esforço. Em suma, de um trabalho honesto. Tanto isso é verdade que a lei estabelece como uma das condições obrigatórias do livramento ‘obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, *se for apto para o trabalho*’ (art. 132, § 2º, “a”, da LEP). Constata-se, pois, que, além de não exigir a existência de emprego imediato, também não fixa prazo determinado para a obtenção de ‘ocupação lícita’. Fala apenas em prazo razoável [contando com o prudente arbítrio do juiz], e nem poderia ser diferente”¹⁵⁹.

159. Ob. cit. p. 812.

Este requisito aparece como um dos grandes obstáculos à concessão do benefício para estrangeiros em situação ilegal ou irregular no país. O interesse social é expulsá-lo depois de cumprida a pena, não havendo como liberá-lo antes para que reingresse na comunidade onde se fez indesejável (RT 630/377).

(D) No caso de crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é imprescindível a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

O instrumento adequado para aferir essa condição é o exame criminológico. Anote-se que este exame era obrigatório antes da Lei 10.792/03, tendo sido suprimido. Não obstante, entendem os Tribunais Superiores que o juiz, fundamentando a sua necessidade, poderá determinar a sua realização. Assim tem decidido, pacífica e reiteradamente, o STF: *“A Lei n. 10.792/03 deu nova redação artigo 112 da Lei n. 7.210/84 – LEP –, excluindo a previsão de exame criminológico para a obtenção da progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de penas. O silêncio da Lei, a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, não inibe o juízo da execução do poder determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isto porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao ‘bom comportamento carcerário’, como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador, como assentado na ementa do Tribunal a quo”*.¹⁶⁰.

7.4.3. Condições

O Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento durante o período de prova (restante da pena a cumprir), dividindo-se em condições obrigatórias e facultativas.

7.4.3.1. Obrigatórias

O art. 85 do CP anuncia as **obrigatórias**:

(A) Obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável

Explica MIRABETE:

“O prazo para obter ocupação lícita deve ser fixado pelo juiz, levando em conta eventual promessa de emprego juntada ao pedido de livramento, as dificuldades maiores ou menores que se apresentem ao liberado, o índice de desemprego geral na localidade etc. Nada impede que tal prazo seja prorrogado se o juiz verificar que, apesar do empenho do beneficiário, não logrou ele êxito na admissão de emprego ou execução de outra ocupação lícita (frequência a cursos de segundo grau, universitário, profissional etc.)”¹⁶¹.

160. STF – Primeira Turma – HC 110073 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 25/06/2012.

161. *Execução Penal*. Ob. cit. p. 579-580.

Parte da doutrina ensina que o inapto para o trabalho não fica submetido a presente condição.

(B) Comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação

A lei não exige que a comunicação seja mensal, ficando a critério do juiz da execução penal.

(C) Não mudar da comarca sem prévia autorização do juízo.

O liberado não está proibido de mudar de endereço, dentro do território da comarca limite da jurisdição do juiz da execução penal. A autorização, portanto, é condição apenas quando se tratar de mudança de endereço que implique mudança de comarca.

7.4.3.2. Facultativas

Além das condições obrigatórias, o juiz pode fixar outras (chamadas judiciais), de natureza **facultativa**, elencadas, de forma exemplificativa, no art. 132, § 2º, da LEP: **a)** não mudar de residência sem autorização do juízo; **b)** recolher-se à habitação em hora fixada; **c)** não frequentar determinados lugares; **d)** outras condições judiciais adequadas ao fato e à situação pessoal do liberado.

7.4.4. Concessão e execução

A concessão do livramento condicional é de competência do juiz da execução, que poderá conceder o benefício após oitiva do Ministério Público, mas independentemente de parecer do Conselho Penitenciário¹⁶².

Seu marco inicial é a **audiência admonitória**, realizada no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena (art. 137 da LEP), oportunidade em que o beneficiário será comunicado as condições, devendo aceitá-las para que tenha início o período de prova¹⁶³.

Concordando com as condições, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em 2 (duas) vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário (art. 136 da LEP). A Carta de Livramento tem dupla finalidade: além de cientificar o reeducando das condições

162. A Lei nº 10.792/2003 alterou o artigo 70, I, da LEP e **suprimiu a função do Conselho de Penitenciário** de emitir parecer no caso de livramento condicional. Nesse contexto: “A nova redação do art. 112 da LEP, dada pela Lei 10.792/03 – que estabeleceu novo procedimento para a concessão da progressão do regime, determinando que o mesmo proceder fosse aplicado na concessão do livramento condicional – **deixa para trás a exigência de prévia oitiva do Conselho Penitenciário, exigida no art. 131 da LEP, para a concessão do livramento condicional.** A mesma Lei 10.792/03 acabou por modificar, também, o inciso I do art. 70 da Lei de Execuções Penais, **retirando desse órgão a atribuição para emitir parecer sobre livramento condicional, constante na redação original do dispositivo**” (STJ – Quinta Turma – REsp 773.635 – Rel. Min. Gilson Dipp – Dj 03/04/2006).

163. Na hipótese de o liberado não aceitar as condições impostas pelo juiz, o autoridade administrativa comunicará o juiz da execução, que tornará o livramento condicional sem efeito e determinará que o condenado volte ao regime que estava. Pode o juiz, entretanto, diante das justificativas do reeducando, modificar as condições facultativas eventualmente impostas, expedindo nova carta de livramento, em substituição a anterior, designando outra cerimônia (art. 144 LEP).

impostas no benefício, tem a mesma força do alvará de soltura, determinando, ao final, que o condenado seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

A cerimônia do livramento é um ato solene (art. 137 da LEP), cumprindo as seguintes formalidades:

(A) A sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

(B) A autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

(C) O liberando declarará se aceita as condições;

(D) Por fim, será lavrado um termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não puder ou souber escrever.

O liberado receberá (além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer) uma caderneta, ou, na sua falta, um salvo-conduto, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que for exigida ou necessária. Serve como documento de identificação do liberado (art. 138 da LEP).

A observação cautelar (vigilância discreta) e a proteção do liberado (orientando e auxiliando o liberando) serão de responsabilidade do serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade, cumprindo as finalidades do art. 139 da LEP. Nesse ponto, alerta MIRABETE:

“Em sua atividade de fiscalização das condições impostas na sentença uma das importantes funções da entidade encarregada da observação cautelar é a de apresentar relatório ao Conselho Penitenciário sempre que se positivar uma infração às regras estabelecidas na lei ou pelo juiz para o livramento. Tal relatório servirá de fundamento para que o Ministério Público ou do Conselho Penitenciário requeiram, ou o juiz da execução decrete, de ofício, a revogação do benefício (art. 143) ou modifique as condições (art. 144)”¹⁶⁴.

7.4.5. Revogação

A liberdade antecipada, obviamente, é precária, demandando o cumprimento fiel das condições legais e judiciais, sob pena de revogação.

Como bem explica BITENCOURT:

“Ao antecipar o retorno à liberdade do sentenciado mediante o cumprimento das condições, fazia-se necessário prever consequências efetivas ao eventual descumprimento dessas condições, que deram suporte a essa forma de execução penal. Para que a imposição de condições não se tornasse inócua era indispensável que fossem dotadas de coercibilidade: o descumprimento das normas pode levar à revogação da liberdade conquistada”¹⁶⁵.

A revogação pode ser **obrigatória** ou **facultativa**.

164. *Execução Penal*. Ob. cit. p. 588.

165. Ob. cit. p. 819.

7.4.5.1. Obrigatória

(A) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício¹⁶⁶

Neste caso, revelando desadaptação do reeducando à liberdade, não se computa na pena o tempo em que esteve solto (art. 88 do CP).

Deve-se observar também que não se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento. Nada obsta que o preso obtenha o livramento condicional em relação à segunda infração penal, desde que cumprida a primeira (art. 88 do CP).

Por fim, o restante da pena cominada ao crime não pode somar-se à nova pena para efeito da concessão do novo livramento (se a nova pena for inferior a dois anos, incabível, também em relação a esta, o benefício).

Imaginemos a seguinte situação hipotética: JOÃO, cumprindo pena pela prática do crime de roubo (art. 157 do CP), foi beneficiado pelo livramento condicional faltando 3 anos para cumprir a reprimenda. Depois de 2 anos, é condenado definitivamente a pena privativa de liberdade por novo crime cometido durante o livramento, mais especificamente, estelionato (art. 171 do CP). O benefício deve ser obrigatoriamente revogado. O tempo em que JOÃO esteve solto (2 anos) não será computado como pena cumprida. Em relação ao roubo, não se concederá novo livramento. Quanto ao estelionato, é possível, desde que na sentença seja aplicada pena igual ou superior a 2 anos, pois está vedada a soma da pena do novo crime com a restante do roubo.

(B) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior a vigência do benefício

Diferente da hipótese anterior, nesta não se revela desadaptação do reeducando à liberdade condicional. Assim, o período de prova é computado como tempo de cumprimento da pena.

Ressaltamos também ser possível a concessão de novo livramento, desde que preenchidos novamente os requisitos, admitindo, ainda, somar as penas dos dois crimes (art. 84 do CP).

Vamos enxergar as consequências com a ajuda de um exemplo: JOÃO, cumprindo pena pela prática do crime de roubo (art. 157 do CP), foi beneficiado pelo livramento condicional faltando 3 anos para cumprir a reprimenda. Depois de 2 anos, é condenado definitivamente a pena privativa de liberdade por novo crime, porém cometido antes do período de prova do livramento, mais especificamente, estelionato (art. 171 do CP). O benefício deve ser obrigatoriamente revogado. Contudo, o tempo em que JOÃO esteve solto (2 anos) será computado como pena cumprida. Em relação ao roubo, é possível conceder novamente o benefício, desde que preenchidos os requisitos, admitindo, ainda, somar as penas dos dois crimes para se chegar ao *quantum* mínimo de 2 anos (art. 84 do CP).

166. Cometida, pelo liberado, outra infração penal, poderá o juiz ordenar a sua prisão (recolhimento cautelar), nos termos do art. 145 da LEP. Tal medida suspenderá o curso do livramento condicional, cuja revogação dependerá da decisão final.

7.4.5.2. *Facultativa*

A revogação será **facultativa** se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (art. 87, CP) ¹⁶⁷.

No caso, o juiz poderá revogar o livramento, alterar suas condições ou, simplesmente, advertir o apenado (LEP, artigo 140).

7.4.6. *Prorrogação*

De acordo com o artigo 89 do Código Penal, o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, **por crime cometido na vigência do livramento**.

Da simples leitura do dispositivo, conclui-se: crime cometido antes da vigência do período de prova não prorroga o livramento; inquérito policial também não tem força para gerar esse efeito.

Discute-se se essa prorrogação é automática ou se depende de decisão judicial.

Apesar de as duas posições estarem presentes nos julgados do STJ, prevalece (inclusive no STF) que a revogação não é automática:

“A Turma concedeu ‘habeas corpus’ para determinar que o paciente retorne ao livramento condicional com a ressalva de que, cumprido o período de prova, a decisão de extinção da pena somente poderá ser proferida após o trânsito em julgado referente ao crime superveniente (CP, art. 89). Na situação dos autos, a defesa sustentava falta de fundamentação da decisão que suspendera o benefício do livramento condicional e que, a despeito da prática de crime no curso do período de prova, a eventual prisão do liberado somente se justificaria se motivada, o que não teria ocorrido. Entendeu-se que, de fato, a prática de outro delito durante o período de prova do livramento condicional autorizaria a suspensão cautelar do benefício, nos termos do art. 145 da LEP e do art. 732 do CPP. Entretanto, aduziu-se que **o juízo das execuções não se desincumbira de demonstrar a real necessidade de se determinar a segregação do paciente, bem como que a ele caberia fundamentar a sua imprescindibilidade, sob pena de torná-la medida automática, consectário lógico da prática de novo crime durante o período de prova do benefício**. Por fim, considerou-se que a espécie amoldar-se-ia à hipótese de prorrogação do livramento condicional. (HC 105497, Rel. Min. Gilmar Mendes, 15.2.2011. 2ª T). ”

167. Nota-se que a condenação a pena privativa de liberdade (prisão simples), em razão da prática de contravenção penal, não é causa de revogação obrigatória nem facultativa. A omissão do legislador não pode ser suprida pela analogia, que no caso será *in malam partem*.

Por fim, não se pode confundir *prorrogação* com *suspensão* do livramento condicional. Vejamos:

PRORROGAÇÃO (ART. 46, IEP)	SUSPENSÃO (ART. 45, IEP)
Pressupõe cometimento de crime cometido na vigência do livramento	Pressupõe cometimento de crime cometido na vigência do livramento
Impede o juiz jogar extinta a pena (prorrogando o período de prova)	Autoriza o juiz ordenar o recolhimento cautelar do liberado (suspendendo sua vida em liberdade)
Prorroga-se o período de prova até o julgamento definitivo	O recolhimento persiste enquanto necessário, não podendo, obviamente, exceder o prazo previsto para a pena em cumprimento.

É perfeitamente possível o juiz prorrogar o período de prova sem suspender o benefício (permitindo ao liberado aguardar o julgamento em liberdade).

7.4.7 Extinção

Por fim, o considera-se **extinção da pena** se até o seu término o livramento não for revogado (art. 90, CP). Explica CLEBER MASSON:

“Cuida-se de sentença meramente declaratória, com eficácia retroativa (*ex tunc*) à data em que se encerrou o período de prova. Destarte, extingue-se a pena privativa de liberdade com o término sem revogação do período de prova, e não com a decisão judicial que se limita a reconhecer o fim da sanção penal”¹⁶⁸.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF/88).

Determina o art. 67 a obrigatória intervenção do Ministério Público na fase da execução da pena e da medida de segurança, fiscalizando e intervindo nos procedimentos judiciais. Dento desse espírito, antes da decretação da extinção da pena, o magistrado deve ouvir o Ministério Público.

168. Ob. cit. p. 784.

Capítulo III

CONCURSO DE CRIMES

Sumário • 1. Conceito; 2. Sistemas de aplicação da pena para o concurso de crimes; 3. Concurso material; 3.1. Condenação a penas de reclusão e detenção; 3.2. Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos; 3.3. Concurso material e penas restritivas de direitos; 4. Concurso formal; 5. Continuidade delitiva; 5.1. Crime continuado genérico ou comum; 5.2. Crime continuado específico; 6. Questões complementares; 6.1. Concurso de crimes e prescrição; 6.2. Concurso de crimes e suspensão condicional do processo; 6.3. Concurso de crimes e pena de multa; 6.4. Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais; 6.5. Concurso de crimes e Lei nº 12.403/2011; 6.6. Concurso de crimes na execução penal

1. CONCEITO

Dá-se o concurso de crimes quando o agente, com uma ou várias condutas (ação ou omissão), realiza pluralidade de crimes¹⁶⁹.

Como bem resume BITENCOURT:

“O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de crimes.”¹⁷⁰

Nota-se, portanto, que o concurso de crimes é também um problema de concurso de penas.

A matéria está regulada nos arts. 69, 70 e 71 do CP, anunciando as três espécies de concurso: material, formal e continuidade delitiva, respectivamente.

169. Este conceito, contudo, é objeto de críticas. Luiz Régis Prado, por exemplo, adverte: “Comumente na doutrina o tema é tratado sob o título *concurso de delitos*, porém, nem sempre haverá propriamente *pluralidade* delitiva. O concurso material ou real implica uma efetiva pluralidade de delitos imputáveis ao agente, ou como se afirma, há uma imputação delitiva plural. De seu turno, o concurso formal ou ideal e o crime continuado apresentam uma unidade delitiva, decorrente, no primeiro caso, de uma *unidade de ação*, e, no segundo, de determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva que, quando presentes, fazem com que os delitos subseqüentes devam ser havidos como continuidade do primeiro” (Tratado de Direito Penal Brasileiro, v. 2, p. 571).

170. Ob. cit. p. 771.

2. SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA PARA O CONCURSO DE CRIMES

Inúmeros são os sistemas lembrados pela doutrina, criados para solucionar o problema da pena no concurso de crimes. Vejamos.

(A) **Sistema do cúmulo material.** Por intermédio deste sistema, o juiz primeiro individualiza a pena de cada um dos crimes praticados pelo agente, somando todas ao final. Adotamos o cúmulo material no concurso material (art. 69, CP), no concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP) e no concurso das penas de multa (art. 72, CP).

(B) **Sistema da exasperação.** Neste, o juiz aplica a pena mais grave dentre as cominadas para os vários crimes praticados pelo agente. Em seguida, majora essa pena de um *quantum* anunciado em lei. Adotamos o sistema da exasperação no concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte, do CP) e continuidade delitiva (art. 71, CP).

(C) **Sistema da absorção.** Pelo sistema da absorção, a pena aplicada ao delito mais grave acaba por absorver as demais, que deixam de ser aplicadas. Bem lembra CLEBER MASSON:

“Esse sistema foi consagrado pela jurisprudência em relação aos crimes falimentares praticados pelo falido, sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, em virtude do princípio da unidade ou unicidade dos crimes falimentares. Isso, porém, não impedia o concurso material ou formal entre um crime falimentar e outro delito comum. Com a entrada em vigor da Lei 11.101/05 (nova Lei de Falências), a situação deve ser mantida, mas ainda não há jurisprudência consolidada sobre o assunto.”¹⁷¹

Vamos, agora, estudar as espécies de concurso de crimes.

3. CONCURSO MATERIAL

Previsto no art. 69 o CP, dá-se o concurso material (ou real) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

São **requisitos** do concurso material: (A) a pluralidade de condutas; (B) a pluralidade de crimes.

Exemplo: JOÃO adentra o estabelecimento comercial e atira em ANTONIO, dono do comércio. Sai em fuga, subtraindo um carro. JOÃO praticou dois crimes: homicídio e furto, em concurso material.

A doutrina classifica essa forma de concurso em:

171. Ob. cit. p. 716. De fato, a jurisprudência do STJ manteve, em julgados recentes, esse posicionamento (HC 94.632/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013), mas dele ousamos discordar. O princípio da unicidade ou unidade teria aplicação na antiga Lei de Falências, por força do art. 192 do Decreto-Lei 7661/1945, que dizia ser aplicado o concurso formal, mesmo tendo sido praticadas várias condutas. Na Lei antiga, esse princípio somente poderia ser aplicado quando houvesse apenas crimes falimentares. A nova Lei de Falências manda aplicar as regras do Código Penal e, portanto, as disposições de concurso lá existentes, revogando citado princípio.

(i) **Homogêneo**: quando os crimes resultantes da pluralidade de condutas são da mesma espécie (ex: dois furtos)

(ii) **Heterogêneo**: quando os crimes são de espécies distintas (ex: estupro e roubo).

Como já alertado, na **aplicação da pena**, o juiz seguirá o sistema do **cúmulo material**.

Exemplo: JOÃO, menor de 21 anos de idade, depois de furtar o veículo de MARIA, tentou estuprá-la, sendo impedido por terceiros. Vejamos as várias etapas na fixação das penas para os crimes cometidos pelo agente:

	FURTO art. 155 do CP, pena de 1 a 4 anos	ESTUPRO Art. 213 do CP, pena de 6 a 10 anos
Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases)	1ª FASE: pena-base em 1 ano (não havendo circunstâncias judiciais relevantes)	1ª FASE: pena-base em 6 anos (não havendo circunstâncias relevantes)
	2ª FASE: pena intermediária em 1 ano (a pena-base fixada no mínimo impede a aplicação da atenuante da menoridade)	2ª FASE: pena intermediária em 6 anos (a pena-base fixada no mínimo impede a aplicação da atenuante da menoridade)
	3ª FASE: pena definitiva em 1 ano (não há causas de aumento ou diminuição de pena)	3ª FASE: pena definitiva em 4 anos (considerando a causa de diminuição de 1/3 em razão da tentativa)
	Pena total a cumprir 1 + 4 anos = 5anos	

3.1. Condenação a penas de reclusão e detenção

Nos termos da parte final do artigo 69 do Código Penal, em caso de aplicação cumulativa de penas de **reclusão** e de **detenção**, deverá ser executada primeiramente a pena de reclusão.

3.2. Condenação a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos

Quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa (“sursis”), por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição por restritivas de direitos (art. 69, § 1º, do CP). Com razão, leciona **CLEBER MASSON**:

“O § 1º do art. 69 do CP revela a possibilidade de se acumular, na aplicação das penas de crimes em concurso material, uma pena privativa de liberdade, desde que tenha sido concedido *sursis*, com uma restritiva de direitos. Por lógica, também será admissível a aplicação de pena restritiva de direitos quando ao agente tiver sido imposta pena privativa de liberdade, com regime aberto para seu cumprimento, eis que será possível o cumprimento simultâneo de ambos”¹⁷².

3.3. Concurso material e penas restritivas de direitos

Sendo aplicadas duas penas restritivas de direitos, é possível que o condenado cumpra ambas simultaneamente, desde que sejam compatíveis entre si. Não sendo, deverá cumpri-las sucessivamente (art. 69, §2º, CP).

172. Ob. cit. p. 718.

4. CONCURSO FORMAL

O concurso formal ou ideal está previsto no artigo 70 do Código Penal. Age em concurso formal o sujeito que, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Explica **ROGÉRIO GRECO**:

“Fundada em razões de política criminal, a regra do concurso formal foi criada a fim de que fosse aplicada em benefício dos agentes que, com a prática de uma única conduta, viessem a produzir dois ou mais resultados também previstos como crime. Segundo a definição de Maggiore, ‘concurso formal (*concursum formalis*) é, tipicamente, o realizado pela hipótese de um fato único (ação ou omissão) que viola diversas disposições legais”¹⁷³.

São, portanto, **requisitos** do concurso formal de delitos **(A)** a unicidade da conduta e **(B)** a pluralidade de crimes.

Exemplo: JOÃO, conduzindo seu automóvel, com manifesta imprudência, perde o controle de direção do veículo e atropela ANTONIO e MARIA, causando a morte dos pedestres. JOÃO praticou dois homicídios culposos na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), em concurso formal.

Embora se exija conduta única para a configuração dessa espécie de concurso, nada impede que esta mesma conduta seja fracionada em diversos atos, no que se denomina **ação única desdobrada**.

Exemplo: JOÃO ingressa em ônibus coletivo e subtrai, mediante grave ameaça, os pertences pessoais dos passageiros. O crime permanece único, praticado mediante diversos atos, caracterizando o concurso formal de delitos¹⁷⁴.

173. Ob. cit. p. 594.

174. Nesse sentido: “As turmas especializadas em direito penal desta Corte entendem que fica caracterizado o concurso formal ou ideal de crimes quando, no mesmo contexto fático e circunstancial, o agente, por meio de uma única ação, apodera-se de bens de propriedade de vítimas diferentes. In casu, o paciente praticou o crime em um mesmo contexto fático e circunstancial, por meio de uma única ação, abordou vítimas distintas, atingindo-lhes o patrimônio. Desse modo, não se pode falar em crime único, mas em pluralidade de delitos, incidindo, no caso, a causa especial de aumento prevista no art. 70 do Código Penal.” (STJ – Quinta Turma – HC 131.029 – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 01/06/2012). Ressaltamos que o fato de serem as vítimas da mesma família não torna o crime único, incidindo, ainda assim, a regra do concurso formal. A este respeito, cf. STJ – Quinta Turma – HC 207.543 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 23/04/2012.

Recentemente, no entanto, o STJ decidiu que em roubo praticado no interior de ônibus, o fato de a conduta ter ocasionado violação de patrimônios distintos – o da empresa de transporte coletivo e o do cobrador – não descaracteriza a ocorrência de crime único se todos os bens subtraídos estavam na posse do cobrador. É bem verdade que a jurisprudência do STJ e do STF entende que o roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que em um único evento, configura concurso formal de crimes, e não crime único. Todavia, esse mesmo entendimento não pode ser aplicado ao caso em que os bens subtraídos, embora pertençam a pessoas distintas, estavam sob os cuidados de uma única pessoa, a qual sofreu a grave ameaça ou violência. Precedente citado: HC 204.316-RS, Sexta Turma, DJe 19/9/2011. AgRg no REsp 1.396.144-DF, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), julgado em 23/10/2014.

A doutrina classifica essa forma de concurso em:

Homogêneo	os crimes decorrentes da conduta única são da mesma espécie.
Heterogêneo	os crimes são de espécies distintas.
Próprio, perfeito ou normal	o agente, apesar de provocar dois ou mais resultados, não age com desígnios autônomos, isto é, não tem intenção independente em relação a cada crime.
Impróprio, imperfeito ou anormal	o sujeito age com desígnios autônomos. Esta espécie só tem cabimento nos crimes dolosos.

Nota-se que estas classificações não são excludentes. É perfeitamente possível que se verifique um concurso formal próprio ou impróprio e homogêneo ou heterogêneo.

Exemplo 1: JOÃO quer matar ANTONIO, mas percebe que JOSÉ caminha próximo ao alvo humano. Atira, esperando não atingir JOSÉ. As duas vítimas são atingidas, mas somente ANTONIO morre. JOÃO praticou dois crimes em concurso formal heterogêneo (homicídio doloso + lesão corporal culposa) próprio (JOÃO não teve intenção independente em relação a cada crime, pois a lesão foi culposa).

Exemplo 2: JOÃO quer matar ANTONIO, mas percebe que JOSÉ caminha próximo ao alvo humano. Atira, aceitando matar JOSÉ. As duas vítimas são atingidas e morrem. JOÃO praticou dois crimes em concurso formal homogêneo (dois crimes de homicídio doloso) impróprio (JOÃO teve intenção independente em relação a cada crime, sendo a morte de JOSÉ aceita – dolo eventual⁷⁵).

As regras de **aplicação da pena** vão depender do tipo de concurso formal (se perfeito ou imperfeito).

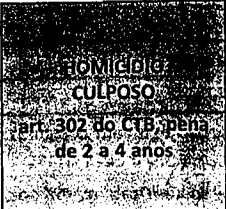
(A) Aplicação da pena no concurso formal perfeito (ou próprio)

No concurso formal perfeito incide o sistema da exasperação: o juiz aplica uma só pena, se idênticas, ou a maior, se diferentes, aumentada de um **sexto até metade**. Quanto maior o número de infrações, maior deve ser o aumento¹⁷⁶.

Exemplo: JOÃO, reincidente, conduzindo seu veículo em alta velocidade, com manifesta negligência, atropela e mata um casal que atravessava a rua. O juiz deve aplicar a pena de um só homicídio culposo no trânsito (art. 302 do CTB), aumentada de um sexto até metade.

175. STJ: “O posicionamento pacificado desta Corte é no sentido de que “[o] percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP [...]” (HC 136.568/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/10/2009)” (HC 222.855 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 11/09/2013). No mesmo sentido, cf. STF Segunda Turma – HC 95415 – Rel. Min. Eros Grau – DJe 20/03/2009.

176. STJ: “Esta Corte Superior possui o entendimento de que a exasperação da pena, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 1/2 (metade), para os crimes cometidos em concurso formal, deve ser aplicada de acordo com o número de delitos cometidos.” (HC 159.599 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 17/04/2012). No mesmo sentido, cf. STF Segunda Turma – HC 95415 – Rel. Min. Eros Grau – DJe 20/03/2009.

	Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases) 1ª FASE: pena-base em 2 anos (não havendo circunstâncias judiciais, nem favoráveis, nem desfavoráveis) 2ª FASE: pena intermediária em 2 anos e 4 meses (majorada em 1/6, considerando a agravante da reincidência) 3ª FASE: pena definitiva em 2 anos e 10 meses (exasperada em 1/5 em razão do concurso formal de delitos)
--	--

Não se descarta a hipótese de o sistema da exasperação se revelar prejudicial ao réu. Nesse caso, lembrando que o concurso formal foi criado para beneficiar o agente, deve o magistrado preferir o cúmulo das penas. Trata-se do denominado **concurso material benéfico**, estabelecido no artigo 70, parágrafo único, do Código Penal: “*Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código*”.

Exemplo: JOÃO, com intenção de matar, atira em ANTONIO. Entretanto, JOSÉ, que passava pelo local, também foi atingido. ANTONIO morreu e JOSÉ ficou levemente ferido. Estamos diante de um típico caso de concurso formal heterogêneo perfeito. Se aplicada a regra da exasperação, a pena do crime mais grave (homicídio, reclusão de 6 a 20 anos) será aumentada de 1/6 até a metade. Imagine-se que, diante do caso concreto, o magistrado sentenciante conclua pela fixação da pena mínima (6 anos) majorada também do mínimo (1/6), totalizando 7 anos de prisão. Nesta situação, deverá ser reconhecido o concurso material benéfico, pois fica evidente que a soma das penas mínimas das duas infrações (homicídio e de lesão corporal leve) resulta em pena menor (6 anos e 3 meses de prisão).

(B) Aplicação da pena no concurso formal imperfeito (impróprio)

No concurso formal imperfeito, o agente pratica uma única conduta, entretanto seu objetivo é provocar dois ou mais crimes. Por haver desígnios autônomos, as penas deverão ser **somadas**, aplicando-se a mesma regra do concurso material de delitos.

5. CONTINUIDADE DELITIVA

Verifica-se a continuidade delitiva (ou crime continuado), estampada no art. 71 do CP, quando o sujeito, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie, guardando entre si um elo de continuidade (em especial, as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução).

Eugênio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI denominam esta espécie de concurso de “concurso material atenuado” ou “falso crime continuado”, alegando que “onticamente, não é um verdadeiro crime continuado, pelo total predomínio de critérios objetivos”.¹⁷⁷

Na mesma linha de raciocínio, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO esclarecem:

177. Ob. cit., p. 625.

“Ocorre crime continuado quando o sujeito realiza uma série de infrações penais homogêneas (homogeneidade objetiva), guiado pela mesma unidade de propósito (homogeneidade subjetiva). Esta construção jurídica é considerada como um único fato punível. Na realidade trata-se de uma hipótese de concurso material, que recebe um tratamento particular face à pena, alterando as regras já expostas acima sobre o concurso de crimes, pois é considerada como uma única infração. Em suas origens, tratava-se de uma construção jurisprudencial que perseguia uma solução *pietatis causa*, para evitar que a acumulação material e penas conduzissem a penas desmedidas (por exemplo, a pena de morte que era aplicada no Antigo Regime ao autor do terceiro furto)”¹⁷⁸.

Nota-se, portanto, que o instituto está baseado em razões de **política criminal**¹⁷⁹. O juiz, ao invés de aplicar as penas correspondentes aos vários delitos praticados em continuidade, por ficção jurídica, **para fins da pena**, considera como se um só crime foi praticado pelo agente, devendo ter a sua reprimenda majorada.

A continuidade delitiva divide-se em duas **espécies**: crime continuado genérico e específico. Vejamos cada qual, separadamente.

5.1. Crime continuado genérico ou comum

Previsto no artigo 71, *caput*, do Código Penal, dá-se o crime continuado genérico (ou comum) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Apresenta os seguintes **requisitos**:

(A) **Pluralidade de condutas**: mais de uma ação ou omissão que implique em vários crimes;

(B) **Pluralidade de crimes da mesma espécie**: aproxima-se do concurso material ao exigir condutas provocando vários crimes. Diferencia-se, no entanto, ao restringir sua aplicação a crimes da mesma espécie.

Atualmente, parece pacificado nos Tribunais Superiores que crimes da mesma espécie são aqueles previstos **no mesmo tipo penal**, protegendo igual bem jurídico¹⁸⁰.

178. Ob. cit., p. 612.

179. Nesse sentido, ressaltou o STF: “O Direito Penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71, do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único”. (STF – Segunda Turma – HC 91370 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 20/06/2008).

180. Devemos pontuar, entretanto, que o STJ, excepcionou esse raciocínio para aplicar a continuidade delitiva entre os crimes de apropriação indébita previdenciária e o crime de sonegação previdenciária, previstos em **tipos penais diferentes**: “Em função da melhor hermenêutica, os crimes descritos nos arts. 168-A e 337-A, apesar de constarem em títulos diferentes no Código Penal e serem, por

Exemplo: JOÃO, funcionário público, subtrai durante cinco sextas-feiras, valores da repartição pública na qual exerce função. Trata-se de crime de peculato (art. 312, *caput*, CP) praticado em continuidade delitiva simples ou genérica (art. 71, *caput*, também do CP).

Em resumo: crimes da mesma espécie = mesmo tipo penal + igual bem jurídico.

Colacionamos alguns julgados que confirmam essa fórmula:

Crime de roubo e extorsão:	Crime de extorsão mediante sequestro e crime de roubo:	Crime de roubo qualificado e de roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio):
“O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os delitos de roubo e extorsão são delitos de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do crime continuado entre os dois delitos” (STJ – Sexta Turma – AgRg no REsp 1285311 – Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – DJe 22/04/2013).	“Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois são infrações penais de espécies diferentes, que têm definição legal autônoma e assim devem ser punidos” (STJ – Quinta Turma – HC 162.862 – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 21/05/2012).	“Delitos de roubo qualificado e de latrocínio. Crime continuado. Reconhecimento. Inadmissibilidade. Tipos de objetividades jurídicas distintas. Inexistência da correlação representada pela lesão do mesmo bem jurídico. Crimes de espécies diferentes. HC denegado. Inaplicabilidade do art. 71 do CP. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento. Não pode reputar-se crime continuado a prática dos delitos de roubo e de latrocínio” (STF – Segunda Turma – RHC 91552 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 23/04/2010).

(C) Elo de continuidade: é também requisito do crime continuado o elo de continuidade entre as condutas. Esse elo se revela através:

(C.1) Das mesmas condições de tempo: a lei não anuncia qual o hiato temporal máximo que deve existir entre o primeiro e o último delito da cadeia, alertando a jurisprudência que não pode suplantar 30 (trinta) dias¹⁸¹.

isso, topograficamente dispares, refletem delitos que guardam estreita relação entre si, portanto cabível o instituto da continuidade delitiva (art. 71 do CP). O agente cometeu delitos análogos, descritos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, na administração de empresas diversas, mas de idêntico grupo empresarial, durante semelhante período, no mesmo espaço geográfico (cidade de Porto Alegre/RS) e mediante similar maneira de execução, portanto tem lugar a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).” (STJ – Sexta Turma – REsp 1212911 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 09/04/2012).

181. O instituto jurídico do crime continuado é afastado quando os crimes são praticados em lapso superior a 30 dias, salvo em crimes tributários, casos em que já se admitiu, a depender do tributo e a periodicidade do fato gerador, hiato temporal de até 7 (sete) anos. Cf. STF – Tribunal Pleno – AP 516 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 20/09/2011.

(C.2) Das mesmas condições de lugar: para a jurisprudência, haverá as mesmas condições de lugar quando os crimes são praticados na mesma comarca (ou em comarcas vizinhas)¹⁸².

(C.3) Da mesma maneira de execução (*modus operandi*): como bem alerta BITEN-COURT, a lei ex.g.e semelhança e não identidade. A semelhança na maneira de execução se traduz no *modus operandi* de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa¹⁸³.

(C.4) Outras circunstâncias semelhantes: abrangendo quaisquer outras circunstâncias das quais se possa concluir pela continuidade.

☒ **No crime continuado é indispensável a homogeneidade subjetiva?**

Para JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA e ALEXIS COUTO DE BRITO, é imprescindível que os vários crimes resultem de plano previamente elaborado pelo agente:

“Deve existir um dolo unitário ou global, que torne coesas todas as infrações cometidas, por meio da execução de um plano preconcebido (que dá unidade ao dolo). Esta homogeneidade é fundamental para a figura do crime continuado”¹⁸⁴. Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina discordam:

‘A unidade de desígnios: não faz parte dos requisitos do crime continuado. Para nós, acolheu-se a teoria objetiva pura (embora haja polêmica sobre o assunto). De qualquer modo, considerando-se que esse requisito não está expresso na lei, qualquer interpretação em sentido contrário viola a garantia da *lex stricta*’¹⁸⁵. Os Tribunais Superiores, não sem razão, têm adotado a primeira posição (imprescindível para distinguir crime continuado da habitualidade criminosa).

Nesse sentido decidiu o STJ: “A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da aplicação da teoria objetiva-subjetiva, pela qual o reconhecimento da continuidade delitiva depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos (tempo, *modus operandi*, lugar, etc.), como do elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.”¹⁸⁶.

182. Cf. STJ – Quinta Turma – HC 206.227 – Rel. Min. Gilson Dipp – DJe 14/10/2011.

183. Ob. cit., p. 777.

184. Ob. cit., p. 614.

185. Ob. cit., p. 385.

186. STJ – HC 240.457/SP, Rel. Min. Alderito Ramos de Oliveira – DJe 01/07/2013. O STF possui o mesmo entendimento: “Para a caracterização do crime continuado faz-se necessária a presença tanto dos elementos objetivos quanto subjetivos” (STF – Segunda Turma – HC 101049 – Rel. Min. Ellen Gracie – DJe 21/05/2010).

Verificados os requisitos acima, a **aplicação da pena** se dará conforme o sistema da exasperação: o juiz escolherá qualquer das penas, se idênticas, ou a maior delas, se distintas, **aumentando, na terceira fase da dosimetria da pena, em 1/6 a 2/3**. O aumento levará em consideração a quantidade de infrações praticadas¹⁸⁷.

Exemplo: JOÃO, maior de 70 anos e portador de maus antecedentes, prevalecendo-se das mesmas circunstâncias de tempo, local e modo de execução, pratica cinco furtos.

FURTO art. 155 do CP, pena de 1 a 4 anos	Art. 68 do CP (cálculo da pena seguindo três fases) 1ª FASE: pena-base em 1 ano e 2 meses (fixada acima no mínimo em face dos maus antecedentes de JOÃO) 2ª FASE: pena intermediária em 1 ano (atenuada pela idade do agente) 3ª FASE: pena definitiva em 1 ano e 4 meses (exasperada em 1/3 em razão da continuidade delitiva)
--	--

5.2. Crime continuado específico

O crime continuado específico está previsto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal: *“Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”*.

A sua redação advém da reforma promovida pela Lei nº 7.209/84, que alterou a parte geral do *Codex*.

A principal característica da continuidade delitiva específica é exigir (ao lado dos requisitos do crime continuado genérico) que os crimes sejam dolosos, com vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Como adverte LUIZ RÉGIS PRADO:

“É indispensável a presença concomitante dos três requisitos específicos assinalados, posto que o contrário implica reconhecimento da continuidade comum, prevista no artigo 71, *caput*, do CP. É admissível a continuidade delitiva nos crimes culposos, tentados ou consumados, comissivos ou omissivos, nas contravenções penais, bem como nos delitos que ofendem bens personalíssimos (*v.g.* vida, integridade corporal, honra), sem qualquer restrição”¹⁸⁸. Diante desses elementos as **regras para a fixação da pena** levam em conta também o **sistema da exasperação**, devendo o juiz, na terceira fase de aplicação da pena, aumentar a pena **até o triplo** (partindo de 1/6).

187. Tanto o STJ quanto o STF já decidiram ser possível o aumento da pena em dois terços em virtude do número elevado de infrações cometidas mesmo que não se saiba a exata quantidade (STF: HC 127158/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 23.6.2015; STJ: HC 311.146/SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), DJe 31/3/2015).

188. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 465.

Manda a lei que se observe a regra do concurso material benéfico e o limite máximo de pena a cumprir no Brasil (30 anos).

- ✓ ***Qual lei deve ser aplicada se, no decorrer da prática de um crime continuado, sobrevém lei mais grave?***

A Súmula nº 711 do STF, equiparando crime continuado e permanente, anuncia: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

- ✓ ***Aplica-se continuidade delitiva em crimes contra a vida?***

A Súmula nº 605 do Pretório Excelso anuncia que “não se aplica continuidade delitiva aos crimes contra a vida”.

Ocorre que a referida Súmula é anterior à reforma de 1984, que alterou o artigo em comento (art. 71), autorizando a continuidade delitiva, mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Parece-nos, portanto, que o entendimento sumulado está superado.

- ✓ ***Admite-se, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal?***

Suponhamos que no dia 01/01, JOÃO rouba passageiros de um ônibus. No dia 03/01, pratica o mesmo crime, mas agora em outra linha de transportes urbanos da cidade. Por fim, no dia 05/01, mais uma vez, assalta passageiros no interior de um coletivo. Neste caso, cada roubo a ônibus caracteriza o concurso formal e, os três crimes praticados na sequência, valendo-se das mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, configura a continuidade delitiva.

Como é fixada a pena?

LUIZ FLÁVIO GOMES e ANTONIO MOLINA entendem que deve ser desprezado o concurso formal, aplicando-se os vários roubos em continuidade delitiva, evitando *bis in idem*¹⁸⁹.

Alertamos, no entanto, que o legislador só autorizou ao juiz aplicar uma única causa de aumento dentre as várias cominadas, quando todas estiverem na parte especial (art. 68, parágrafo único, CP¹⁹⁰). Não é o nosso caso. Estando as duas na parte geral, o julgador deve considerar os dois aumentos (um do concurso formal e o ouro da continuidade delitiva).

Assim, aliás, vem decidindo copiosamente o STF:

“Se, mediante uma única ação típica de estelionato, atinge o agente três patrimônios diferentes e, dias após, pratica o mesmo delito em forma tentada e condições semelhantes contra outras vítimas, tem-se, cumulativamente, os acréscimos do art. 70 (concurso formal)

189. Nesse sentido já decidiu o STJ (HC 163591/SP).

190. CP. Art. 68, parágrafo único – No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

e 71 do CP (crime continuado). Inexistência de bis in idem. Precedentes citados: RE 87674-SP (RTJ 91/935); RE 97330-SP (RTJ 105/407); RE 91114-SP (RTJ 92/1380); e RE 107730-SP (RTJ 118/789) HC 73.821-RJ, rel. Min. Sydney Sanches, 25.06.96". Antes de analisarmos questões complementares ao tema concurso de crimes, vamos resumir, com o auxílio de um quadro sinóptico, as semelhanças e diferenças entre as suas espécies:

	Requisitos	Sistema aplicável	Resultado
Concurso material	• Pluralidade de condutas • Pluralidade de crimes	Cúmulo material	As penas são somadas
Concurso formal (próprio)	• Unidade de conduta • Pluralidade de crimes	Exasperação	1/6 até 1/2
Concurso formal impróprio	• Unidade de conduta • Pluralidade de crimes • Desígnios autônomos	Cúmulo material	As penas são somadas
Crime continuado genérico	• Pluralidade de condutas • Pluralidade de crimes da mesma espécie • Elo de continuidade	Exasperação	1/6 até 2/3
Crime continuado específico	• Os mesmos do continuado genérico • Crimes dolosos • Vítimas diferentes • Violência ou grave ameaça à pessoa	Exasperação	1/6 até 3x

6. QUESTÕES COMPLEMENTARES

6.1. Concurso de crimes e prescrição

Na análise de causa extintiva de punibilidade, não se considera o concurso de crimes. Anuncia o art. 119 do CP que “a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente”.

6.2. Concurso de crimes e suspensão condicional do processo

A regra do art. 119 do CP (“a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente”) passou a ser invocada por parcela da doutrina para permitir a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei n° 9.099/95) aos casos de crimes praticados em concurso. Levantando a bandeira da analogia *in bonam partem*, ensinavam que, no concurso material, concurso formal e continuidade delitiva, a análise do requisito objetivo temporal do benefício (pena mínima igual ou inferior a um ano) deve ser feita isoladamente, desconsiderando a soma ou aumento previsto em lei.

Desse modo, se cada crime praticado em continuidade delitiva, por exemplo, tivesse pena mínima igual ou inferior a um ano, possibilitava-se o beneplácito legal. Tal entendimento, hoje, não é o que prevalece, como se percebe da Súmula 723 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

Embora a referida Súmula mencione apenas a continuidade delitiva, o raciocínio é perfeitamente aplicável às outras espécies de concurso de crimes¹⁹¹.

6.3. Concurso de crimes e pena de multa

O art. 72 do CP avisa: “*No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*”.

Nota-se que a pena de multa não obedece às regras diferenciadas do tratamento dispensado ao concurso de crimes. Para a fixação da multa, portanto, só se aplica uma regra: aplicação distinta e integral.

Não se descarta doutrina lecionando que essa regra não serve para o crime continuado. Para fins de aplicação de pena, no direito brasileiro, o crime continuado, por ficção jurídica, é considerado crime único. Logo, aplica-se a pena de multa uma única vez.

Nesse sentido vem decidindo o STJ: “*A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do Código Penal.*” (REsp nº 68.186/DF, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 18/12/1995). *As penas de multa, no caso de concurso de crimes, material e formal, aplicam-se cumulativamente, diversamente do que ocorre com o crime continuado, indubitado concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos artigos 71 e 72 do Código Penal, à luz dos artigos 69 e 70 do mesmo diploma legal.*”¹⁹².

6.4. Concurso de crimes e Juizados Especiais Criminais

O concurso de crimes influencia diretamente na aplicação da pena, devendo ser levado em s para fim de **fixação da competência**. Nesse sentido vem decidindo o STJ: “*É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.*”¹⁹³.

191. Nesse sentido: “*Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do Processo. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não aplicação. O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (01) ano.*” (STF – Tribunal Pleno – HC 83163 – Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa – DJe 18/06/2009).

192. STJ – Sexta Turma – REsp 607.929 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJ 25/06/2007. Cf. também STJ – Sexta Turma – HC 221.782 – Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado TJ/RS) – DJe 11/04/2012.

193. STJ – Quinta Turma – HC 143.500 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 27/06/2011.

6.5. Concurso de crimes e Lei nº 12.403/2011

A Lei nº 12.403/2011 (apelidada “Nova Lei de Prisões”) alterou substancialmente o Código de Processo Penal no que toca às medidas cautelares pessoais.

Dentre as modificações, destacam-se duas: (A) fixou novo patamar **máximo** para a concessão de fiança por parte da autoridade policial (até 4 anos)¹⁹⁴ e (B) estipulou patamar **mínimo** para a decretação de prisão preventiva (mais de 4 anos)¹⁹⁵.

Ora, parece evidente que o concurso de delitos deve ser considerado pelas autoridades, nas **duas** situações.

Exemplo: JOÃO, em associação criminosa (art. 288 do CP, punido com 1 a 3 anos), comete um crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP, punido com 1 a 4 anos). Analisados isoladamente, os delitos são passíveis da concessão de fiança pela autoridade policial, bem como fica inviável a decretação da prisão preventiva. Contudo, em decorrência do cúmulo de penas presente no concurso material, a autoridade policial **não** poderá arbitrar fiança (só o juiz), bem como, presentes os fundamentos do art. 312 do CPP, admite-se a prisão preventiva.

6.6. Concurso de crimes na execução penal

Se as regras de aplicação de pena não forem observadas pelo juiz da condenação, nada impede que o juiz da execução as observe, somando as penas (no concurso material e formal imprópria) ou as unificando (no concurso formal próprio e continuidade delitiva), nos termos do art. 66, III, “a”, da LEP.

194. CPP, Art. 322. *A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.*

195. CPP, Art. 313. *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.*

Capítulo IV

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Sumário • 1. Conceito, fundamentos e finalidade das medidas de segurança; 2. Princípios informadores das medidas de segurança; 3. Espécies de medida de segurança; 4. Pressupostos da medida de segurança; 5. Aplicação das medidas de segurança; 5.1. Duração da medida de segurança; 5.2. Perícia médica; 6. Desinternação ou liberação condicional; 7. Reinternação do agente; 8. Conversão da pena em medida de segurança; 9. Internação cível; 10. Extinção da punibilidade e medida de segurança; 11. Medida de segurança provisória

1. CONCEITO, FUNDAMENTOS E FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é mais um instrumento (ao lado da pena) utilizado pelo Estado na resposta à violação da norma penal incriminadora, pressupondo, no entanto, agente **não imputável**.

Explica **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**:

“Constitui a medida de segurança, destarte, resposta penal dada aos autores de fatos típicos ilícitos que apresentam distúrbio mental que afeta suas faculdades intelectivas ou volitivas, exsurgindo como sanção penal de conotação social protetora e eminentemente preventiva, pois visa, sobretudo, afastar o agente do ilícito típico do convívio social e obstar que ele, por insanidade mental, sem o domínio psicológico de seus atos e, portanto, sem peias ou freios inibitórios que o impeçam de delinquir, venha a reiterar e reproduzir condutas previstas como criminosas.”¹⁹⁶.

Da lição acima, podemos concluir que a medida de segurança, diferentemente da pena, tem **finalidade essencialmente preventiva** (prevenção especial), é dizer, sua missão maior é evitar que o agente (perigoso) volte a delinquir. Volta-se para o futuro (e não para o passado, como faz a pena). Busca atender a segurança social e, principalmente, ao interesse da obtenção da cura daquele a quem é imposta, ou a possibilidade de um tratamento que minimize os efeitos da doença ou perturbação mental¹⁹⁷.

Não sem razão, alertam **JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ**, **MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ**, **WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA** e **ALEXIS COUTO DE BRITO**:

196. Ob. cit., p. 758.

197. Nesse sentido: STJ – HC 113.016/MS.

“Alguns autores consideram que as medidas, diferentemente das penas, não implicam em nenhum castigo, mas simplesmente um tratamento ou uma terapia para o indivíduo. Contudo, acreditamos que não é possível negar o caráter aflictivo das medidas de segurança, porquanto esse tratamento ou essa terapia se impõem coercitivamente e, na maioria dos casos, acompanhados da perda da liberdade ambulatorial (função de assegurar). Estes postulados que apresentam as medidas como soluções benéficas só contribuem para encobrir seu autêntico caráter punitivo”¹⁹⁸.

Pena	Medida de segurança
Espécies de sanção penal	
Tríple finalidade: • Prevenção; • Retribuição; • Ressocialização	Essencialmente preventiva (apesar de não se poder negar, ainda que em menor grau, seu caráter aflictivo)
Volta-se ao passado (fato concreto cometido pelo agente)	Volta-se ao futuro (fato abstrato que o agente poderá cometer)
Trabalha com a culpabilidade o agente	Trabalha com a periculosidade do agente

2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Os **princípios informadores** das penas aplicam-se também às medidas de segurança, mas dois merecem especial destaque:

(A) Princípio da legalidade

Os princípios da reserva legal e da anterioridade são aplicáveis à medida de segurança. Assim, não prevalece o entendimento de que, em face do caráter assistencial ou curativo da sanção mostra-se desnecessária a observância de tais postulados. Explica BITENCOURT:

“Não resta a menor dúvida quanto à submissão das medidas de segurança ao princípio da reserva legal, insculpido nos arts. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal, referentes ao crime e à pena. Todo cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal, ou, em outros termos, vige também o princípio da anterioridade legal, nas medidas de segurança.

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, examinados em capítulo próprio, regem também as medidas de segurança.”¹⁹⁹.

198. Ob. cit., p. 684.

199. Ob. cit., p. 839.

(B) Princípio da proporcionalidade

Diferentemente das penas, o magistrado, na determinação da medida de segurança (e sua duração), não observa a gravidade do fato (apenas), mas, especialmente, o grau de periculosidade do agente. Esse raciocínio é indicado diante da missão dessa espécie de sanção penal.

3. ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança pode ser de duas espécies: **detentiva** ou **restritiva**.

A **medida de segurança detentiva** (art. 96, I, CP) representa a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Por força do disposto no artigo 97, *caput*, do Código Penal, aplica-se a medida detentiva aos crimes punidos com pena de reclusão. Nota-se que o mandamento legal leva em consideração apenas a **gravidade da infração** (e não a periculosidade do agente). Ignora, portanto, o princípio da proporcionalidade.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, criticando o dispositivo, afirma que:

“Esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas”²⁰⁰.

No mesmo sentido, esclarece ROGÉRIO GRECO:

“É importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes portadores de doença mental, somente procedendo a internação dos casos reputados mais graves quando o convívio do doente com os seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental”²⁰¹.

Nesse espírito, atento ao caráter excepcional da medida, a Resolução nº 113 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 17, dispõe: “*O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomial, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*”.

Por sua vez, a **medida de segurança restritiva** (art. 96, II, CP) corresponde ao tratamento ambulatorial.

200. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 563.

201. Ob. cit., p. 673.

Caberá, em regra, na hipótese do crime punido com detenção, salvo se o grau de periculosidade do agente indicar necessidade da internação²⁰².

4. PRESSUPOSTOS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A **prática de fato previsto como crime** (leia-se, fato típico, não alcançado por causa excludente da ilicitude) aparece como primeiro pressuposto da medida de segurança²⁰³. No Brasil, portanto, as medidas são sempre pós-delituais, vedando as pré-delituais.

O segundo pressuposto é a **periculosidade do agente**, indicando sua maior ou menor inclinação para o crime. Atestada a periculosidade, duas situações se mostram possíveis:

(A) Concluindo a perícia que o réu, além de portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **inimputável** (art. 26, *caput*, do CP). Respeitado o devido processo legal, o inimputável será absolvido com imposição de medida de segurança (absolvição imprópria);

(B) Se a conclusão dos expertos for de que o agente, além de portador de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era, ao tempo do fato, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será rotulado como **semi-imputável** (art. 26, parágrafo único, do CP). Depois de processado, deve ser condenado, decidindo o juiz se impõe pena, diminuída de 1/3 a 2/3 (art. 98 do CP)²⁰⁴, ou medida de segurança (esta quando demonstrada a sua **necessidade**).

Em síntese:

-
202. STJ: “O inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não poderá cumprir a em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Isso porque não pode o paciente ser submetido a situação mais gravosa do que aquela definida judicialmente” (HC 231.124, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/04/2013)
203. Admite-se a imposição de medida de segurança decorrente da prática de **contravenção penal**, tendo em vista que, apesar de a Lei de Contravenções Penais não dispor sobre o tema, o artigo 12 do Código Penal preceitua serem aplicáveis as suas regras gerais quando a legislação especial for omissa.
204. Abolido o sistema do **duplo binário** ou **dos dois trilhos**, é defeso ao juiz aplicar, cumulativa e sucessivamente, medida de segurança e pena para o semi-imputável. Vigê, com a reforma de 1984, o **sistema vicariante** ou **unitário**, obrigando o juiz impor uma ou outra espécie de sanção, fundamentando sua decisão.

Art. 97, caput	Art. 25, parágrafo único
Periculosidade presumida.	Periculosidade deve ser comprovada.
Absolvição imprópria: ao mesmo tempo em que absolve, o juiz aplica medida de segurança.	Há condenação. Na imposição da sanção da penal, o juiz escolhe: • Pena diminuída • Medida de segurança, quando comprovada a necessidade

5. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

5.1. Duração da medida de segurança

A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos, diretamente proporcional à gravidade da anomalia mental do sentenciado (art. 97, §1º, CP).

Percebe-se que o legislador pátrio, partindo da premissa de que a medida de segurança tem propósito curativo e terapêutico, estipulou somente prazo mínimo (de 1 a 3 anos)²⁰⁵, perdurando a sanção até a cessão da periculosidade do agente.

Essa opção legislativa, no entanto, tem sido alvo de críticas. É cada vez mais crescente doutrina e jurisprudência argumentando que a indeterminação do prazo de duração da medida de segurança é incompatível com a Carta Magna, que proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, CF/88).

Uma primeira corrente sugere, então, que o tempo de cumprimento da medida de segurança não ultrapasse o limite de 30 anos (o mesmo previsto para as penas privativas de liberdade)²⁰⁶.

Para outra, o tempo de cumprimento da medida de segurança não deve suplantar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável²⁰⁷.

205. Importante atentar para o fato de que o artigo 42 do Código Penal dispõe ser possível a **detração** nas medidas de segurança, o que pode influir no prazo mínimo da sanção.

206. STF – Primeira Turma – HC 107432 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 09/06/2011.

207. Súmula nº 527 do STJ. Há também decisão do STF neste sentido: “O prazo mínimo de cumprimento de medida de segurança deve ser fixada entre um e três anos, na forma do artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal. III – O período não poderá ultrapassar a pena máxima cominada abstratamente ao tipo penal infringido, sob pena de violação a princípios constitucionais” (RE 640135 AgR – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 12/12/2012).

5.2. Perícia médica

No prazo mínimo fixado pelo juiz, será realizada perícia médica para a verificação da cessação ou permanência da situação de periculosidade do agente. Com efeito, nos termos da Lei de Execução Penal, um mês antes de expirar o prazo mínimo, deverá a autoridade administrativa remeter ao juiz relatório instruído que lhe permita decidir pela revogação ou manutenção da medida (art. 175, LEP).

A avaliação deverá ser repetida de ano em ano (art. 97, §2º, CP), porém nada obsta que o juiz a faça a qualquer tempo (antes do prazo mínimo fixado, art. 176, LEP)²⁰⁸.

Poderão requerer a realização (antecipação) do exame o Ministério Público, o interessado, ou seu procurador ou defensor, lembrando que tal pedido deve ser fundamentado.

Anote-se, por fim, que a Lei de Execução Penal autoriza a contratação de médico particular para o acompanhamento da execução da medida de segurança. Caso haja divergência entre as opiniões técnicas, decidirá a controvérsia o juiz da execução (art. 43, LEP).

6. DESINTERNAÇÃO OU LIBERAÇÃO CONDICIONAL

Averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade do paciente, dispõe o § 3º do art. 97 do CP que a *desinternação* (quando se tratar de medida detentiva) ou a *liberação* (quando se tratar de tratamento ambulatorial) será concedida a título de ensaio, pelo juiz da execução, por um período de um ano. Durante esse prazo, pode ser revogada a qualquer tempo, caso pratique o agente fato indicativo de persistência de sua periculosidade (não necessariamente crime), aconselhando, assim, a continuidade da internação.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido a **desinternação progressiva**, consistente na passagem da internação em hospital de custódia para o tratamento ambulatorial antes da definitiva liberação do paciente. Os julgados têm se apoiado no artigo 5º da Lei nº 10.216/2001²⁰⁹. Nesse sentido: *“A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação.”*²¹⁰.

208. Devemos notar que o que permitiu a lei foi a **antecipação** das avaliações, mas nunca o seu retardamento. Sabendo que a medida de segurança não tem como objetivo a punição do agente, mas sim a sua cura, nada mais correto que poder antecipar o referido exame assim que presentes indícios de cessação da sua periculosidade.

209. Lei nº 10.216/2001. Art. 5º. *O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.*

210. STF – Segunda Turma – HC 97621 – Rel. Min. Cezar Peluso – DJe 26/06/2009. Em decisão mais recente, cf. STF – Segunda Turma – HC 107777 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 16/04/2012. No âmbito do STJ, vide: Quinta Turma – HC 130.159 – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 05/10/2009.

7. REINTERNAÇÃO DO AGENTE

Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos (art. 97, §4º, CP). Alerta a doutrina não se tratar de regressão (medida punitiva), mas sim instrumento para a eficaz cura. Esclarecendo a finalidade da reintegração, explica **ROGÉRIO GRECO**:

“Pode acontecer que o agente, após a sua desinternação – tendo iniciado o tratamento ambulatorial, ou mesmo na hipótese de ter sido esse tratamento o escolhido para o início do cumprimento da medida de segurança –, demonstre que a medida não está sendo suficientemente eficaz para a sua cura, razão pela qual poderá o juiz da execução determinar, fundamentadamente, a internação do agente em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou outro local com dependências médicas adequadas.”²¹¹.

8. CONVERSÃO DA PENA EM MEDIDA DE SEGURANÇA

Agente imputável na época dos fatos deve cumprir pena; o inimputável, medida de segurança; já em se tratando de semi-imputável, pena (diminuída) ou medida e segurança, dependendo do caso concreto.

Em síntese:

Data dos Fatos	Consequência Jurídica
Agente imputável	Pena
Agente inimputável	Medida de segurança
Agente semi-imputável	Pena ou medida de segurança (sistema vicariante)

- ☒ *E no caso de agente capaz na data da conduta, mas que desenvolve anomalia psíquica no curso da execução da pena (superveniência de doença mental)?*

Dois dispositivos tratam do assunto: arts. 108²¹² e 183²¹³, ambos da LEP.

Analisando o caso concreto, o juiz da execução optará entre uma simples internação para tratamento e cura de doença passageira, hipótese em que o tempo de tratamento considera-se como pena cumprida, ou a substituição da pena privativa de liberdade em medida de segurança em se tratando de anomalia não passageira, seguindo, no caso, os ditames dos arts. 96 e ss. do CP.

211. Ob. cit., p. 678.

212. Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

213. Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. (Redação dada pela Lei nº 12.312, de 2010).

Aplicável no caso de anomalia passageira	Aplicável no caso de anomalia não passageira
A medida de segurança é reversível	A medida de segurança é irreversível
O tempo de internação é computado como de cumprimento de pena (deve observar o prazo da pena corporal imposta)	O tempo de internação não é computado como de cumprimento de pena, seguindo as regras dos arts. 96 e ss. do CP
Transcorrido o prazo de duração da pena sem o restabelecimento do internado, a pena deve ser considerada extinta pelo seu cumprimento.	Deve o juiz fixar prazo mínimo de internação, variando de 1 a 3 anos (art. 97, § 1º, CP).

A problemática, no caso da substituição sugerida pelo art. 183 da LEP, reside na duração da medida. Encontramos diversos posicionamentos na doutrina e na jurisprudência:

(A) Com fundamento no art. 97, § 1º, do CP, tem duração indefinida (até que pericia demonstre a cessação da periculosidade do agente);

(B) Com fundamento no art. 75 do CP, tem duração máxima de 30 anos (limite máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade);

(C) Tem a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída;

(D) Está limitada ao máximo da pena abstratamente prevista para o crime.

Em recente decisão, o STJ seguiu a terceira orientação:

“A medida de segurança prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a sanção é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da reprimenda imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada” (HC 219.014, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/05/2013).

O mesmo raciocínio é defendido por **CEZAR ROBERTO BITENCOURT**:

“Tanto na hipótese anterior, de *réu semi-imputável*, como nesta, de *superveniência de doença mental*, a medida de segurança não poderá ter duração superior ao correspondente à pena substituída. Como tivemos oportunidade de afirmar, ‘na hipótese de, ao esgotar-se o prazo inicialmente fixado na condenação, o paciente não se encontrar recuperado, e não podendo ser liberado, em razão de seu estado de saúde mental, deverá, obrigatoriamente, ser colocado à disposição do juízo civil competente’²¹⁴.

214. Ob. cit., p. 846.

9. INTERNAÇÃO CÍVEL

Adotando-se a tese de que a sanção penal da medida de segurança não pode ter prazo indeterminado, exigindo um limite máximo de cumprimento (para uns, 30 anos; para outros, da pena máxima em abstrato cominada ao delito), surge a seguinte questão:

☒ *O que fazer quando escoado o limite de internação e a periculosidade do agente persistir?*

Deve-se buscar, perante o juízo cível, a interdição do agente (figurando o Ministério Público como legitimado ativo), demonstrando-se a necessidade da internação cível para a proteção do paciente ou da sociedade (art. 1796 do CC e art. 9º da Lei nº 10.216/2001).

10. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E MEDIDA DE SEGURANÇA

Extinta a punibilidade do agente, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (art. 96, parágrafo único, CP)²¹⁵.

Quando a lei manda respeitar as causas extintivas da punibilidade nas medidas de segurança, obviamente está abrangendo todas as formas de aniquilamento do poder punitivo do Estado, inclusive a prescrição.

Aliás, no que tange à prescrição, o tema merece ser aprofundado. A doutrina e a jurisprudência reconhecem perfeitamente possível a prescrição da pretensão **punitiva**, seja para o inimputável, seja para o semi-imputável, sempre regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido, sem qualquer exceção à regra já prevista quando do estudo desta causa extintiva da punibilidade.

Discute-se, no entanto, a possibilidade de aplicação da prescrição da pretensão **executória**. Neste particular, lembremos que o inimputável é absolvido, não sofre pena, mas deve cumprir medida de segurança; já o semi-imputável é condenado, sofrendo pena, a qual deve ser diminuída ou substituída por medida de segurança.

Parece evidente que, no caso do semi-imputável, a prescrição da pretensão executória, ainda que a opção seja submetê-lo ao cumprimento de medida de segurança, é regulada pela pena fixada na decisão condenatória.

215. É possível, segundo o STF, a extinção da punibilidade pela concessão de indulto a agente submetido a medida de segurança. De acordo com aquele Tribunal, “a competência privativa do presidente da República prevista no art. 84, XII, da CF abrange a medida de segurança, espécie de sanção penal, inexistindo restrição à concessão de indulto. Embora não seja pena em sentido estrito, é medida de natureza penal e ajusta-se ao preceito, cuja interpretação deveria ser ontológica. Lembrou o HC 84.219/SP (DJU de 23.9.2005), em que o período máximo da medida de segurança fora limitado a 30 anos, mediante interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75 e 97 do CP e 183 da LEP. Fora reconhecida, na ocasião, a feição penal da medida de segurança, a implicar restrição coercitiva da liberdade” (RE 628.658/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26/11/2015).

No que toca ao inimputável, a sentença absolutória imprópria fixa apenas prazo mínimo para a medida, o que dificulta adoção de um *quantum* a partir do qual se possa computar o prazo prescricional.

Três correntes apontam uma alternativa, não sendo possível fixar qualquer delas como consolidada:

1ª corrente: em se tratando de inimputável, por ausência de pena fixada na sentença. Não se aplica o instituto da prescrição da pretensão executória.

2ª corrente: aplica-se a prescrição da pretensão executória, calculada sobre a pena máxima abstratamente cominada ao delito. Nesse sentido já decidiu a 1ª Turma do STF:

*“A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009.”*²¹⁶

3ª corrente: a prescrição da pretensão executória será regulada pela duração máxima da medida de segurança, 30 (trinta) anos. Também presente no STF, porém na sua 2ª Turma, eis os argumentos desta corrente:

*“As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória). Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. 2. Não se pode falar em transcurso do prazo prescricional durante o período de cumprimento da medida de segurança. Prazo, a toda evidência, interrompido com o início da submissão do paciente ao “tratamento” psiquiátrico forense (inciso V do art. 117 do Código Penal). 3. No julgamento do HC 97.621, da relatoria do ministro Cezar Peluso, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu cabível a adoção da desinternação progressiva de que trata a Lei 10.261/2001. Mesmo equacionamento jurídico dado pela Primeira Turma, ao julgar o HC 98.360, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, e, mais recentemente, o RHC 100.383, da relatoria do ministro Luiz Fux.”*²¹⁷

216. STF – Primeira Turma – RHC 100383 – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 04/11/2011. Essa corrente ganha força com a edição da Súmula 527 do STJ (O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado).

217. STF – Segunda Turma – HC 107777 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 16/04/2012.

Medida de segurança impositiva (inimputável)	Medida de segurança inimputável ou imputável
Condenação a) Pena reduzida; ou b) Substituída por MS	Absolvição imprópria a) Medida de segurança
Cabe prescrição da pretensão: a) Punitiva com base na pena máxima em abstrato b) Executória com base na pena em concreto substituída por medida de segurança	Cabe prescrição da pretensão: a) Punitiva com base na pena máxima em abstrato b) Executória (?): depende da corrente adotada

11. MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA

Em compasso com o artigo 80 do Código Penal, permitia o artigo 378 do Código de Processo Penal a decretação da medida de segurança provisória, submetendo os inimputáveis, ébrios e toxicômanos à internação ainda que de decretada de ofício e durante a fase inquisitorial.

A superveniência da Lei nº 7.209/1984, que, como dito, reformulou a parte geral do Código Penal, levou doutrina e jurisprudência à conclusão de que o dispositivo processual havia sido revogado tacitamente, uma vez que o artigo 80 não encontrara correspondente legal após a reforma. Assentou-se, então, o entendimento de que era incabível a medida de segurança provisória.

Contudo, recentemente, com a Lei nº 12.403/2011, passou o legislador a prever, em seu artigo 319, VII, do Código de Processo Penal, a **internação provisória** como uma das medidas cautelares de natureza diversa da prisão cautelar. Tal medida é cabível quando o crime tiver sido praticado com violência ou grave ameaça e houver perícia²¹⁸ confirmando a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, constatando-se também haver risco de reiteração.

Sobre a mudança, **RENATO BRASILEIRO DE LIMA** assevera: “a internação provisória será aplicável ao imputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves”²¹⁹, concluindo, em seguida, que a medida jamais pode ser aplicada como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.

218. Tendo a lei condicionando a internação provisória à avaliação pericial, haverá necessidade de insaturação de incidente de insanidade mental, nos termos do art. 149, CPP.

219. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 1448.

Capítulo V

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Sumário • 1. Introdução; 2. Efeitos extrapenais genéricos; 2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar; 2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime; 3. Efeitos extrapenais específicos; 3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; 3.1.1. Efeitos administrativos da condenação; 3.1.2. Efeitos políticos da condenação; 3.2. Incapacidade para o exercício do pátrio poder (poder familiar), tutela ou curatela; 3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso; 4. Efeito da condenação na legislação extravagante; 4.1. Lei de Tortura; 4.2. Lei nº 7.716/89 – preconceito racial; 4.3. Lei de Lavagem de Capitais; 4.4. Lei de Falência; 4.5. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal.

1. INTRODUÇÃO

O principal efeito da sentença penal condenatória é, sem dúvida, submissão do condenado à execução forçada da sanção imposta. Entretanto, a condenação possui outras consequências que atingem a pessoa do condenado, como a reincidência, a interrupção do prazo prescricional do crime praticado, tornar certa a obrigação de reparar do dano, podendo, inclusive, fazer com que o sentenciado venha a perder o cargo, função pública ou mandato eletivo.

Nota-se, portanto, que os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado não estão circunscritos ao campo penal, havendo consequências extrapenais.

Os **efeitos penais** são divididos em **principais** (imposição da sanção penal e sua execução forçada) e **secundários** (maus antecedentes e reincidência como condições desfavoráveis do agente, a conversão das penas restritivas de direitos, a interrupção do prazo prescricional, revogação do “sursis” e do livramento condicional etc.).

Os **efeitos extrapenais** são também repartidos em dois: **genéricos** (art. 91 do CP) e **específicos** (art. 92 do CP).

Os efeitos penais já foram analisados nos capítulos respectivos, razão pela qual optamos concentrar o estudo nos efeitos extrapenais.

2. EFEITOS EXTRAPENAIS GENÉRICOS

O artigo 91 do Código Penal preceitua os efeitos extrapenais denominados genéricos. Como bem observa **CLEBER MASSON**:

“A interpretação *a contrario sensu* do artigo 92, parágrafo único, do Código Penal, mostra serem tais efeitos automáticos, ou seja, não precisam ser expressamente declarados na sentença. Toda condenação os produz”²²⁰.

220. Ob. cit., p. 791.

2.1. Tornar certa a obrigação de indenizar

O primeiro (e mais importante) efeito genérico da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I), constituindo a sentença penal condenatória título executivo judicial em parte incompleto, demandando a liquidação no juízo cível a fim de apurar o *quantum* a ser indenizado.

Com o advento da Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP), pode o juiz criminal, na condenação, fixar, desde logo, *quantum* certo e determinado para servir à indenização do ofendido (art. 387, IV, CPP), parte essa da sentença que dispensa liquidação.

Sobre o tema, lembra PAULO QUEIROZ:

“Como a lei menciona sentença penal condenatória, fica por consequência excluída toda e qualquer decisão que tenha caráter absolutório, a exemplo da que reconhece excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Também não fazem coisa julgada no cível, por não terem natureza condenatória: a) a sentença que concede perdão judicial (Súmula 18 do STJ); b) a sentença que reconhece a prescrição da pretensão punitiva (ordinária ou extraordinária), de modo que só a prescrição da pretensão executória não impede a execução no cível; c) a sentença que homologa a composição e a transação penal (Lei 9.099/95). Quanto à sentença que declara a inimputabilidade do agente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), a doutrina majoritária entende que não faz coisa julgada no cível por se tratar de decisão absolutória”²²¹.

2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime

O artigo 91, II, do Código Penal, relaciona os bens que devem ser perdidos como efeito da condenação:

“São efeitos da condenação:

(...)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

221. Ob. cit., p. 436.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.”

A finalidade do confisco é óbvia: **a)** impedir a propagação dos instrumentos idôneos para a prática de crimes; **b)** não permitir o enriquecimento ilícito do criminoso; **c)** e, por fim, dismantelar as organizações criminosas, destruindo a sua célula nervosa, qual seja, impressionante capacidade financeira (fortuna), ainda que localizada no exterior.

O artigo em comento começa anunciando que devem ser perdidos em favor da União os instrumentos crime, isto é, os utensílios que serviram ao agente na execução do delito.

Como bem alerta BITENCOURT:

A lei “não admite o confisco indistintamente de todo e qualquer instrumento do crime, mas tão somente daqueles instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, I, “a”, do CP). Na verdade, confiscam-se aqueles instrumentos que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos. Com essa previsão, nosso legislador visou evitar o confisco de utensílios profissionais, de trabalho, de estudo, enfim, objetos de uso lícito. Assim, o bisturi do médico, o automóvel que atropela e mata a vítima, a navalha do barbeiro, embora instrumenta sceleris, não podem ser confiscados.”²²²

Também será confiscado o produto do crime, entendido como qualquer bem ou valor que represente o proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso²²³.

Nos dois casos (confisco dos instrumentos ou produto do crime) a lei ressalva *o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*. Suponhamos que JOÃO, depois de apoderar-se arbitrariamente da arma de um colecionador, pratica um roubo. O instrumento utilizado no crime, em tese, é coisa cujo porte constitui fato ilícito. O colecionador ficará sem seu objeto de coleção? Parece-nos justo que se o dono da arma tem permissão para possuir o material bélico, afasta-se a natureza ilícita, pressuposto do confisco, restituindo-se a arma ao real proprietário.

☒ *E se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver localizado no exterior?*

A Lei nº 12.694/12, definindo organização criminosa (bem como seu processo e julgamento por colegiado em primeiro grau de jurisdição), alterou a redação do art. 91

222. Ob. cit., página 826

223. Importante anotar que o Código de Processo Penal, nos seus artigos 125 a 144, dispôs sobre as **medidas cautelares reais de natureza penal** (medidas assecuratórias), dotando o magistrado de meios para evitar que o réu se desfaça dos bens produto do crime, bem como dos valores auferidos com ele. O diploma processual permite, com tais medidas, a constrição do patrimônio do acusado, seja ele ilícito ou lícito, sempre com a finalidade de, ao término do processo, garantir os efeitos da condenação.

do Código Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, autorizando, nesses casos, o confisco de bens ou valores equivalentes²²⁴.

Ressalte-se que o STF decidiu pela impossibilidade de aplicar, no âmbito da transação penal, os efeitos da condenação aqui estudados, decorrentes exclusivamente da sentença penal condenatória definitiva. Para o tribunal,

“as consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do CP, dentre as quais a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, a) e de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, b), só poderiam ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma condenação penal. Apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, não haveria dúvidas de que esses efeitos constituiriam drástica intervenção estatal no patrimônio dos acusados, razão pela qual sua imposição só poderia ser viabilizada mediante a observância do devido processo, que garantisse ao acusado a possibilidade de exercer seu direito de resistência por todos os meios colocados à sua disposição. Ou seja, as medidas acessórias previstas no art. 91 do CP, embora incidissem “ex lege”, exigiriam juízo prévio a respeito da culpa do investigado, sob pena de transgressão ao devido processo legal. Assim, a aplicação da medida confiscatória sem processo revelar-se-ia antagônica não apenas à aceitação formal da garantia do art. 5º, LIV, da CF, como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorressem, seja pelo excesso ou pela insuficiência, em resultado arbitrário. No caso, o excesso do decreto de confisco residiria no fato de que a aceitação da transação reverteria em prejuízo daquele a quem deveria beneficiar (o investigado), pois produziria contra ele um efeito acessório — a perda da propriedade de uma motocicleta — que se revelara muito mais gravoso do que a própria prestação principal originalmente avençada (pagamento de cinco cestas de alimentos)”²²⁵.

3. EFEITOS EXTRAPENAIIS ESPECÍFICOS

Previstos no artigo 92 do Código Penal, os efeitos extrapenais específicos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença condenatória (art. 92, parágrafo único, CP). Têm apenas caráter preventivo, assegurando a eficácia da reprimenda principal, prevenindo a reincidência.

224. Esses efeitos já constavam em Convenções Internacionais, das quais o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas.

225. RE 795567/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 09/09/2015.

3.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

O inciso inaugural do art. 92 anuncia efeitos da condenação de natureza administrativa (perda de cargo e função pública) e política (perda de mandato eletivo).

3.1.1. Efeitos administrativos da condenação

Os efeitos administrativos abrangem os crimes praticados por servidores ocupantes de cargo público ou que desempenham função pública, variando os seus pressupostos de acordo com a espécie de crime praticado pelo agente.

Nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, é imprescindível a aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano. Já em se tratando de crime comum, a pena aplicada deve ser privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos.

EFEITOS ADMINISTRATIVOS ESPECÍFICOS DA CONDENAÇÃO PENAL PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA	
CRIME PRATICADO POR DETENTOR DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA	CRIME PRATICADO POR DETENTOR DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA
Praticado com abuso ou violação de dever funcional	Crimes comuns
Ex: peculato	Ex: roubo
Pena privativa de liberdade	Pena privativa de liberdade
Aplicada por tempo igual ou superior a 1 (um) ano	Aplicada por tempo superior a 4 (quatro) anos

Nas duas situações, cumpre ao magistrado sentenciante examinar a extensão de sua gravidade para decidir se absolutamente incompatível a permanência do agente nos quadros da Administração.

Apesar de a condenação à pena restritiva de direitos, multa ou privativa de liberdade inferior a 1 ano (nos crimes com abuso ou violação de dever funcional) ou não superior a 4 anos (nos demais casos) não gerar o efeito do art. 92 do CP, nada impede a perda do cargo público na esfera administrativa (improbidade), ante a independência das instâncias.

3.1.2. Efeitos políticos da condenação

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em face do disposto no seu artigo 15, inciso III, a perda do mandato eletivo já não mais se submete às regras do Código Penal, sendo consequência de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não declarada expressamente na sentença. Independe,

ainda, da natureza do crime, da qualidade e *quantum* da pena efetivamente imposta. Nem mesmo o fato de ter sido o agente, eventualmente, beneficiado com a suspensão condicional da pena impede a perda do mandato eletivo.

Apesar de reconhecerem a autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF, encontramos decisões restringindo a sua aplicação, entendendo que a suspensão dos direitos políticos do condenado somente se permite quando o cumprimento da reprimenda corporal torne inviável o exercício de tais direitos, ou quando houver limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, não se aplicando, por exemplo, às hipóteses de *sursis*.

Especificamente com relação aos congressistas (deputados federais e senadores) que, no exercício dos mandatos, forem condenados criminalmente, a Constituição é dúbia.

O art. 55, ao elencar as hipóteses de perda do mandato eletivo, estabelece, no inciso IV, que tal ocorre em relação ao parlamentar “que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”; em seguida, no inciso VI, impõe idêntica consequência para aquele “que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

Para a hipótese do inciso IV, o § 3º do art. 55 dispõe que “a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”, ao passo que em decorrência da condenação criminal definitiva (inciso VI) o § 2º estabelece que “a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.

Ocorre que, conforme já mencionamos anteriormente, o art. 15, inciso III, da Constituição Federal elege a condenação criminal transitada em julgado como causa de suspensão dos direitos políticos (trata-se de suspensão porque a privação dos direitos políticos vigora apenas enquanto incidentes os efeitos da condenação). Diante disso, instala-se a celeuma: a perda do mandato eletivo é consequência natural da condenação criminal definitiva, bastando à Mesa da Casa Legislativa respectiva declará-la, ou deve haver deliberação do Plenário para decretar a perda do mandato?

A controvérsia foi intensamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal em duas ações penais originárias.

Na primeira delas, a ação penal 470, por unanimidade, concluiu aquela Corte pela suspensão dos direitos políticos de todos os condenados, em decorrência do disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Por maioria (5x4), decidiu pela decretação da perda dos mandatos dos parlamentares condenados, cabendo à respectiva Casa Legislativa apenas e tão somente declará-la, sem qualquer votação sobre o mérito da cassação. Assim foi sintetizada a decisão do tribunal:

“Assinalou-se que as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos seriam taxativas (CF, art. 15) e que o Poder Legislativo poderia decretar a perda de mandato de deputado federal ou senador,

com fundamento em perda ou suspensão de direitos políticos, bem assim em condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 55, IV e VI). Ressaltou-se que esta previsão constitucional estaria vinculada aos casos em que a sentença condenatória não tivesse decretado perda de mandato, haja vista não estarem presentes os requisitos legais (CP, art. 52), ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior. Afastou-se, na espécie, a incidência de juízo político, nos moldes do procedimento previsto no art. 55 da CF, uma vez que a perda de mandato eletivo seria efeito irreversível da sentença condenatória. Consignou-se, ademais, a possibilidade de suspensão do processo com o advento da EC 35/2001, para evitar que o parlamentar fosse submetido à perseguição política. Entretanto, não ocorrida a suspensão, o feito seguiria trâmite regular. Frisou-se que esses réus teriam cometido crimes contra a Administração Pública quando no exercício do cargo, a revelar conduta incompatível com o exercício de mandato eletivo” - Informativo 693.

Em sua intervenção, o Min. Celso de Mello asseverou que a regra impositiva da votação sobre a perda do mandato “aplicar-se-ia a condenações criminais que não envolvessem delitos apenados com sanções superiores a 4 anos ou que, embora inferiores a este patamar, não dissessem respeito a infrações cujo tipo penal contivesse como elementar ato de improbidade administrativa. Destacou competir à Casa a que pertencesse o congressista meramente declarar o fato extintivo já reconhecido e integrado ao próprio título condenatório” - Informativo 693.

Em outra oportunidade, passados poucos meses, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre a perda do mandato de parlamentares condenados, agora na ação penal 565. Ocorre que, nesta ocasião, o tribunal estava com sua composição modificada, pois dois novos ministros haviam sido empossados. Desta feita, a anterior minoria transmutou-se em maioria (6x4), pois se decidiu competir à Casa Legislativa deliberar a respeito da perda do mandato do parlamentar condenado. Aqueles ministros que haviam votado, na ação penal 470, pela deliberação do Parlamento a respeito da cassação, reiteraram seus argumentos, lastreados, basicamente, na separação dos Poderes da República. Para tais julgadores, a decretação da perda do mandato pelo próprio tribunal constituiria ingerência do Judiciário em seara exclusiva do Legislativo. Os dois novos ministros que não haviam votado na ação penal anterior assentaram:

a) “que a condenação criminal transitada em julgado conteria como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, que independeria de declaração. De outro passo, ela não geraria, necessária e naturalmente, a perda de cargo público. Avaliou que, no caso específico dos parlamentares, essa consequência não se estabeleceria. No entanto, isso não dispensaria o congressista de cumprir a pena (Teori Zavascki);

b) a literalidade do art. 55, § 2º, da Constituição Federal não se coaduna com a orientação anteriormente adotada pela Corte (Luís Roberto Barroso) - Informativo 714.

Parece-nos mais acertada a primeira conclusão a que chegou o Tribunal.

Data maxima venia, não se afigura razoável admitir que um parlamentar tenha seus direitos políticos suspensos em decorrência de condenação criminal e, ao mesmo tempo, mantenha seu mandato legislativo até que haja pronunciamento da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal a respeito da perda. E não é razoável porque se instaura o sério risco de que tenhamos a escatológica figura do parlamentar-presidiário diante da possibilidade de que a Câmara ou o Senado votem contrariamente à cassação, como, aliás, ocorreu em passado recente, em que o Supremo Tribunal Federal condenou um deputado federal (AP 396), mas não se pronunciou sobre a perda do mandato. Coube, pois, à Câmara dos Deputados votar a respeito, e, diante da falta de votos suficientes, a cassação do mandato não prosperou e o condenado iniciou o cumprimento da pena em regime fechado mantendo seu *status* de parlamentar.

Ademais, a interpretação literal da Constituição conduz tanto num como noutro sentido. Ora, o art. 15, inciso III, da Constituição Federal é expresso ao determinar a suspensão dos direitos políticos dos criminalmente condenados em definitivo, moldando-se, pois, ao disposto no art. 55, § 3º, no sentido de que basta a declaração da perda pela Mesa da Casa Legislativa. Já o art. 55, § 2º impõe a deliberação do Plenário nos casos de condenação criminal.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, em casos tais, conferir a interpretação que mais bem se harmonize com o sistema constitucional. Nesse contexto, considerada a suspensão dos direitos políticos como consectário da condenação criminal, é decorrência lógica a perda do mandato, devendo o Parlamento apenas declará-la. Como podemos aceitar que um parlamentar exerça seu ofício sem estar no pleno gozo dos direitos políticos se, nesta condição, sequer poderia se lançar candidato? Esta interpretação certamente não favorece a unidade da Constituição Federal, tratada na seara constitucional como princípio segundo o qual a Lei Maior deve ser interpretada de forma que se lhe confira plena efetividade na medida em que se afastam eventuais antinomias.

Deve-se ressaltar que este tema se estende aos parlamentares estaduais e distritais, *ex vi* do disposto nos artigos 27, § 1º e 32, § 3º, ambos da CF.

Não tendo a Carta Maior previsto regra específica sobre os parlamentares municipais, aplica-se a regra geral do afastamento automático, cabendo ao Presidente da Câmara apenas declarar a sua extinção.

Por fim, deve ser observada a “Lei da Ficha Limpa”, que dispõe sobre diversas situações de inelegibilidade decorrentes da prática de crimes, reconhecidas em decisão com trânsito em julgado ou decisão por órgão colegiado (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10).

3.2. Incapacidade para o exercício do pátrio poder (poder familiar), tutela ou curatela

É também efeito específico da condenação a incapacidade do condenado para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, do CP).

Pressupõe agente condenado definitivamente por crime doloso, punido com reclusão (não importando o *quantum*), praticado contra filho, tutelado ou curatelado²²⁶. A incapacidade não exige como requisito o abuso do poder familiar, tutela ou curatela, presumindo-se a incompatibilidade para o seu exercício.

Discute-se se a incapacidade se estende aos outros filhos (não vítimas do crime).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI entende que a presente consequência da condenação incide somente sobre a relação entre o condenado e a vítima, não alcançando outros filhos.

Exemplifica o autor:

“O pai agride um de seus seis filhos; condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode o juiz determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela”²²⁷.

CLEBER MASSON, não sem razão, discorda, argumentando:

“Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos e idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito”²²⁸.

Essa segunda corrente ganha força com o advento da Lei 12.962/14 que, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, anuncia no seu art. 23, § 2º: *“A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”*.

3.3. A inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso²²⁹.

A inabilitação para dirigir veículo utilizado como meio para a prática de crime doloso é também efeito extrapenal não automático estampado no art. 92, inc. III, do CP.

226. O Código Civil, no seu art. 1.637, parágrafo único, prevê a *suspensão do exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão*. Diferentemente do Código Penal, a norma exige apenas que haja sentença irrecorrível por crime cuja pena suplanta 2 (dois) anos de prisão, sem qualquer distinção sobre a sua espécie (reclusão ou detenção). Também não é necessário, no regramento civil, que o crime tenha sido praticado contra o próprio filho. O instituto, portanto, não se confunde com a **perda** do poder familiar, efeito específico da condenação.

227. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 554.

228. Ob. cit., p. 798.

229. Não se confunde essa consequência da condenação com a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor, pena alternativa cumulativamente aplicada aos crimes de trânsito (culposos ou dolosos), previstos no Código de Trânsito brasileiro (Lei nº 9.503/97).

São requisitos desta consequência: **a)** condenação definitiva por crime doloso; **b)** veículo utilizado como instrumento do crime.

Nota-se que a inabilitação não se restringe aos veículos automotores, alcançando embarcações e aeronaves.

4. EFEITO DA CONDENAÇÃO NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A legislação extravagante pode também cuidar das consequências da condenação. Apontamos, sem pretensão de exaurir a matéria, alguns diplomas que trazem previsões específicas e, pelo princípio da especialidade, devem ser aplicados.

4.1. Lei de Tortura

A Lei nº 9.455/97,²³⁰ em seu artigo 1º, §5º, prevê *“a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada”* do torturador. Apesar de haver corrente em sentido contrário, prevalece que o presente efeito é **automático**, dispensando declaração do juiz sentenciante. O tema é pacífico perante os Tribunais Superiores: “A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação”.²³¹

4.2. Lei de Organização Criminosa

A Lei 12.850/13, no seu art. 2º, § 6º, cuida de importante efeito extrapenal da sentença penal definitiva, anunciando que a condenação acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo. Como já ocorre na Lei de Tortura, o efeito previsto é automático, dispensando motivação do magistrado sentenciante (diferente da regra geral estampada no art. 92, parágrafo único, do CP).

4.3. Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial

Ao definir os **crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, este diploma previu como efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses (art. 16 da Lei).

230. A Lei nº 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A Lei estabelece a criação de diversos mecanismos contra a tortura, como o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - SNPCT, composto pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - CNPCT, pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura - MNPCT, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e pelo órgão do Ministério da Justiça responsável pelo sistema penitenciário nacional.

231. STJ – Sexta Turma – AgRg no Ag 1388953 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 28/06/2013. No mesmo sentido: STJ – Sexta Turma – HC 47.846 – Rel. Min. Og Fernandes – DJe 22/02/2010.

Aqui o efeito **não é automático**, devendo ser devidamente declarado na sentença (com a respectiva motivação), nos termos do artigo 18 da Lei especial.

4.4. Lei de Lavagem de Capitais

A Lei nº 9.613/98 prescreve como efeitos da condenação:

(A) a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto dos crimes de lavagem de dinheiro, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; e

(B) a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no artigo 9º daquele diploma, pelo cômputo do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

4.5. Lei de Falência

Os crimes previstos no artigo 168 a 178 da Lei nº 11.101/2005 terão como efeito da condenação:

(A) a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

(B) impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a Lei; e

(C) a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

O diploma consigna expressamente que os efeitos da condenação não serão automáticos, devendo ser motivados na sentença.

4.6. Lei nº 10.695 – alteração ao Código de Processo Penal

A lei nº 10.695/2003 inseriu no capítulo que trata dos crimes contra a propriedade material o artigo 530-G, que dispõe: *“O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia de interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.”*

Capítulo VI

REABILITAÇÃO

Sumário • 1. Conceito e Cabimento; 1.1 Assegurar sigilo das condenações; 1.2 Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP); 2. Requisitos; 3. Revogação; 4. Competência e recurso; 5. Reabilitação e pluralidade de condenações.

1. CONCEITO E CABIMENTO

A reforma da parte geral do Código Penal (1984) deu novos contornos ao instituto da reabilitação. Antes, era considerado causa extintiva da punibilidade. Depois, medida jurídica (de política criminal) que garante ao condenado o sigilo sobre o seu processo e condenação, podendo também suspender determinados efeitos extrapenais específicos ordenados na sentença (art. 93 do CP).

Notam-se, em suma, duas finalidades da medida: **a)** assegurar o sigilo da condenação; **b)** suspender condicionalmente os efeitos específicos (secundários) da condenação previstos no art. 92 do CP.

1.1 Assegurar sigilo das condenações

De acordo com o art. 202 da Lei de Execução Penal, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

☒ *Ora, se a LEP já assegura o sigilo, bastando o cumprimento ou extinção da pena, qual é a utilidade da reabilitação nesse ponto?*

Para **ROGÉRIO GRECO**, com razão, nenhuma, ensinando ser:

“Muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202 da Lei de Execução Penal após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso do prazo de dois anos do dia em que foi extinta a pena, ou terminar a sua execução, para solicitar a reabilitação. Verifica-se, portanto, que a orientação contida no *caput* do art. 93 do Código Penal cairá no vazio, pois o art. 202 da Lei de Execução Penal regula a mesma hipótese, só que de forma mais benéfica e menos burocrática para o condenado.”²³²

232. Ob. cit., p. 668.

CLEBER MASSON discorda, enxergando nos dois dispositivos (arts. 93 do CP e 202 da LEP) diferenças quanto ao alcance do segredo:

“O sigilo assegurado pela reabilitação é mais amplo, pois as informações por ele cobertas somente podem ser obtidas por requisição (ordem), não de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas exclusivamente do juiz criminal. É o que se extrai do art. 748 do Código de Processo Penal”²³³.

1.2 Suspensão condicional dos efeitos extrapenais específicos da condenação (art. 92 do CP)

Estudamos que a sentença penal condenatória pode produzir as seguintes consequências (extrapenais):

Art. 92: São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

O instituto presta-se para suspender tais efeitos. Entretanto, o art. 93, parágrafo único, anuncia que, nas situações dos incisos I (perda de cargo, função pública o mandato eletivo) e II (incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela), a reabilitação é parcial, vedando a reintegração na situação anterior.

Exemplo 1: JOÃO, condenado por peculato, perdeu o cargo público. Com a reabilitação, JOÃO pode voltar aos quadros da Administração Pública, mas depende de nova investidura (reabilitação parcial).

Exemplo 2: JOÃO, pai de três filhas, foi condenado pelo estupro da mais velha. Na sentença, o juiz julgou JOÃO incapaz de exercer o poder familiar. Depois de reabilitado, JOÃO pode voltar a exercer o poder sobre as filhas, porém jamais em face daquela vítima do estupro.

A reabilitação só é integral na hipótese do inciso III (inabilitação para dirigir veículo).

233. Ob. cit., p. 560.

☑ *A reabilitação impede a reincidência de crime futuro?*

A medida da reabilitação não rescinde a condenação. Logo, permanecem todos os seus efeitos penais secundários, dentre eles, a reincidência.

2. REQUISITOS

Nos termos do artigo 94 do Código Penal, são requisitos (cumulativos) da reabilitação:

(A) O transcurso do período de dois anos desde o cumprimento ou a extinção da pena, computando-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, se não sobrevier revogação. Esse prazo é o mesmo, não importando se o condenado é primário ou reincidente;

(B) Domicílio do condenado no país pelo período anteriormente citado. BITEN-COURT critica este requisito:

“A importância político-criminal da exigência de que o reabilitado tenha tido domicílio no país é de difícil compreensão. E, a nosso juízo, representa uma limitação indevida e desnecessária no *ius libertatis* do indivíduo, que, cumprida ou extinta a pena, tem o direito de locomover-se por onde, como e quando quiser. Temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa obrigatoriedade”²³⁴.

(C) Bom comportamento público e privado do condenado.

(D) Ressarcimento do dano causado pelo crime ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo, assim como a renúncia do ressarcimento pela vítima ou a novação da dívida.

Alerta Nucci:

“há quem entenda que, não encontrada a vítima, deve a reparação do dano ser consignada em juízo, o que não é efetivamente o espírito da lei. O critério de reparação do dano deve ser amplo e flexível, ainda que possa abranger atualização monetária, quando for o caso. Quando o crime não causar prejuízo – o que pode ocorrer em alguns casos, v.g., alguns crimes de perigo –, não há que se exigir tal requisito do condenado”²³⁵.

Na hipótese de indeferimento do pleito de reabilitação, o mesmo poderá ser renovado, a qualquer tempo, desde que seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários (art. 94, parágrafo único, CP).

3. REVOGAÇÃO

A reabilitação segue o espírito da cláusula *rebus sic stantibus*. Uma vez concedida, pode ser revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (art. 95 do CP).

234. Ob. cit., p. 834.

235. Ob. cit., p. 476.

4. COMPETÊNCIA E RECURSO

A competência para processar e julgar pedido de reabilitação é do **juiz da condenação**, consoante estabelece o artigo 743 do Código de Processo Penal²³⁶.

Quando indeferido do pedido, o pretenso reabilitado pode interpor recurso de apelação, com fundamento no artigo 593, II, do Código de Processo Penal. Da decisão que concede, caberá recurso de apelação (amparado no mesmo dispositivo) e o recurso de ofício, como dispõe o art. 746 do CPP (embora haja corrente doutrinária que ensina que o recurso oficial não foi recepcionado pela CF/88).

5. REABILITAÇÃO E PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES

Havendo pluralidade de condenações, a reabilitação só pode ser requerida após o transcurso do período de dois anos **a partir do cumprimento da última sanção penal**.

236. De fato, os dispositivos atinentes ao processo e julgamento da reabilitação devem seguir o CPP. Já os requisitos para a concessão da medida devem observar o CP (reformado em 1984) e não mais aqueles referidos no CPP (de 1941).

Capítulo VII

AÇÃO PENAL

Sumário • 1. Introdução; 2. Características do direito de ação; 3. Condições da ação; 4. Classificação da ação penal; 4.1. Ação penal pública incondicionada; 4.2. Ação penal pública condicionada; 4.2.1. Da representação do ofendido; 4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça; 4.3. Ação penal de iniciativa privada; 4.3.1. Ação penal exclusivamente privada; 4.3.2. Ação penal privada personalíssima; 4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública; 4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada; 4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP); 4.5 Ação penal nos crimes contra a honra; 4.6 Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

1. INTRODUÇÃO

Verificada a ocorrência de uma infração penal, inicia-se a persecução penal do Estado com a investigação preliminar, normalmente por meio do inquérito policial, que irá reunir elementos relativos ao fato criminoso e buscar apurar sua autoria.

Concluído o procedimento de investigação, sobre ele manifesta-se o titular do direito de agir (de promover a ação penal).

A ação penal pode ser conceituada como o direito de pedir (ou exigir) a tutela jurisdicional do Estado, visando a resolução de um conflito advindo de um fato concreto.

Cabe ao Poder Judiciário a importante tarefa de dirimir os litígios, mas sempre mediante provocação, nunca de ofício (daí a origem do direito de ação). Tal princípio da inércia da jurisdição é conhecido como *ne iudex procedat ex officio*.

Com a prática de uma infração penal surge para o Estado a pretensão punitiva concreta, que se formaliza por meio do direito de ação, cujo fundamento constitucional é o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ação penal, legítima e amparada nos ditames constitucionais, é pressuposto de existência e validade para a aplicação da pena individualizada, que decorre unicamente do devido processo legal (*nulla poena sine iudicio* – CF, art. 5º, LIV).

2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação é revestido por diversas características relevantes. Vamos apresentar cada uma delas:

(A) É um direito *público*: cuida-se de direito (processual) destinado a legitimar a atuação do Direito Penal, cuja titularidade para processar, julgar e executar as penas é do Estado;

(B) É um direito *subjetivo*: conta com um titular específico. No nosso sistema, o direito de ação pertence ao Ministério Público (nos casos de ação penal pública) ou à

vítima, seu representante legal ou sucessores (nos casos de ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública);

(C) É um direito *abstrato*: independe do direito material invocado (direito de punir). Ou seja, mesmo que na prática, não seja caso nem de receber a inicial acusatória, ao prestar a jurisdição o direito de ação foi exercido em sua plenitude, qual seja, o direito de exigir do Estado-juiz uma resposta;

(D) É um direito *autônomo*: independe da procedência ou improcedência do pedido;

(E) É um direito *específico* ou *determinado*: é atrelado a um caso concreto (jamais se exercita o direito de ação regularmente sem ter por base um *fato* punível concreto, que deve ser devidamente narrado e explicitado, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal).

O instituto da ação penal está previsto tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal (este dedicado aos aspectos processuais da matéria).

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO²³⁷

O direito de ação deve ser exercido regularmente. Esse exercício regular depende do preenchimento de algumas condições, que são chamadas “condições da ação”.

Vejamos cada uma dessas condições, divididas em gerais ou genéricas e especiais ou específicas:

(A) **Genéricas** são condições exigidas em todas as ações penais. A doutrina majoritária menciona três, embora haja quem sustente haver quatro:

(i) **Possibilidade jurídica do pedido**: o pedido formulado, isto é, o provimento jurisdicional solicitado, deve encontrar amparo no ordenamento jurídico. O fato narrado, em suma, tem que encontrar amparo no direito vigente. Faltando qualquer um dos requisitos do fato punível, o pedido é juridicamente impossível.

(ii) **Legitimidade *ad causam*** (para a causa): a legitimidade ativa pertence ao Ministério Público (na ação pública) ou à vítima (na ação privada); a passiva exige, em regra, pessoa (humana) que tenha 18 anos ou mais na data do fato (agente imputável)²³⁸.

(iii) **Interesse de agir**: interesse significa necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional. No âmbito penal, o interesse de agir é inerente à ação penal (porque

237. O renomado processualista Fredie Didier já anuncia que, quando vigente o novo CPC, não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. É que a impossibilidade jurídica do pedido passará a ser causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais (ver: <http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>).

238. A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi discutida no capítulo inaugural da teoria geral do crime. Nessa oportunidade, alertamos ao leitor que o posicionamento majoritário no STJ é o de que, nos crimes ambientais, é admitida, desde que haja imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício. Não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física (que age com elemento subjetivo próprio). Mas o STF já decidiu em sentido contrário.

sem intervenção do juízo jamais se aplica pena criminal). Em cada caso concreto cabe ao juiz examinar, portanto, os aspectos pertinentes à adequação do provimento solicitado e sua utilidade (para dirimir o conflito);

(iv) **Justa causa:** significa presença de *fumus boni iuris*, isto é, lastro probatório mínimo. Caso uma ação penal (pública ou privada) venha a ser intentada sem nenhuma prova a respeito da existência do fato ou sobre a autoria, impõe-se sua rejeição liminar.

(B) **Específicas:** são condições especiais exigidas em determinadas ações penais, como a representação da vítima e a requisição do Ministro da Justiça.

Na falta de uma das condições acima mencionadas diz-se que o autor é carecedor da ação. A carência conduz à extinção do processo e arquivamento dos autos.

4. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

A classificação da ação penal mostre-se importante por força das diferentes consequências jurídicas que lhe são inerentes, como seus legitimados, aspectos procedimentais, princípios próprios e prazos.

A ação penal no Brasil pode ser classificada, inicialmente, em: de iniciativa pública ou de iniciativa privada.

A ação penal de iniciativa pública é promovida pelo Ministério Público e pode ser incondicionada ou condicionada (à representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça)²³⁹.

A ação penal de iniciativa privada, por sua vez, subdivide-se em exclusivamente privada, personalíssima e subsidiária da pública.

Em resumo:

TIPOS DE AÇÃO PENAL						
AÇÃO PENAL PÚBLICA (DENÚNCIA)			AÇÃO PENAL PRIVADA (QUEIXA)			
Incondicionada	Condicionada a representação	Condicionada a requisição	Exclusiva ou propriamente dita	Personalíssima	Subsidiária da pública	
Ministério Público.	Ministério Público (mediante representação do ofendido ou representante legal)	Ministério Público (mediante requisição do Ministro da Justiça)	Ofendido (ou seu representante legal).	Somente o ofendido.	Ofendido (ou seu representante legal).	

239. Temos doutrina lembrando da ação penal *pública subsidiária da pública*, caso em que o Ministério Público Federal, constatando a inércia do Ministério Público estadual, pode agir, mesmo em crimes que não são, originariamente, da sua atribuição. Citam como exemplos, o Decreto-lei nº 201/67 (art. 2º, § 2º) e o Código Eleitoral (art. 357, §§ 3º e 4º). Prevalece, no entanto, que estes dispositivos não foram recepcionados pela CF/88.

☒ ***Como saber qual ação penal a ser utilizada para perseguir a pena de determinado crime?***

Da simples leitura do art. 100 do CP, conclui-se: no silêncio da lei, a ação penal é pública incondicionada. Só será pública condicionada ou de iniciativa privada quando a lei expressamente assim determinar.

Vejamos as várias espécies de ação penal.

4.1. Ação penal pública incondicionada

A ação penal de iniciativa pública incondicionada tem como titular o Ministério Público (Código de Processo Penal, art. 24; CP, art. 100; CF, art. 129, I).

A titularidade, no caso, é privativa. Embora a CF (art. 129, I) se refira à exclusividade deste órgão no ajuizamento da ação penal pública, certo é que há uma exceção (também constitucional): quando a ação penal pública não é intentada no prazo, pode a vítima promover a chamada ação penal privada subsidiária da pública, caso em que o particular supre a inércia do órgão público²⁴⁰.

A ação penal pública incondicionada é cercada pelos seguintes princípios:

(A) Oficialidade: o Ministério Público é órgão oficial (daí a oficialidade da ação penal pública).

(B) Obrigatoriedade ou legalidade processual: o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal, a não ser em determinados casos expressamente previstos em lei, como na possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/95)²⁴¹;

(C) Indisponibilidade: o Ministério Público não pode desistir da ação penal proposta (Código de Processo Penal, art. 42), nem do recurso interposto (Código de Processo Penal, art. 576). Pode, entretanto, requerer a absolvição do réu (seja em primeira instância, seja no plenário do júri, seja em segunda instância) e renunciar à interposição de eventual recurso (renúncia não se confunde com desistência). Exceção ao princípio da indisponibilidade é a possibilidade de o Ministério Público propor ao denunciado o benefício da suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95).

(D) Intranscendência: a ação penal somente pode ser proposta contra o autor do crime, desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena (que não pode passar da pessoa do condenado).

240. Não foram recepcionados os arts. 26 e 531, ambos do Código de Processo Penal, que previam o chamado “processo judicialiforme”. Antes da Constituição de 1988, o juiz e o delegado de polícia podiam iniciar a ação penal nas contravenções, o que não é mais possível em razão da modificação do cenário jurídico imposta pela nova ordem constitucional.

241. Importante ressaltar que a homologação da transação penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995, não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia (Súmula vinculante 35).

(E) **Indivisibilidade:** apesar de muitos ensinarem que este é o princípio que vigora na ação penal pública incondicionada, NORBERTO AVENA discorda, lecionando vigorar nesta espécie de ação penal a divisibilidade: “havendo mais de um suposto autor do crime, nada impede que venha o Ministério Público a ajuizar a ação penal apenas em relação a um ou alguns deles, relegando-se tal propositura quanto aos demais, para momento posterior. Esse procedimento do Ministério Público pode justificar-se tanto na necessidade de serem buscados maiores elementos para amparar o processo penal em relação aos investigados que não constaram no pólo passivo da inicial, como em questão de estratégia processual”²⁴².

A ação penal pública inicia-se com o recebimento da denúncia (peça acusatória subscrita pelo órgão de execução do Ministério Público), quando o indiciado no inquérito policial passa a ser designado como réu ou acusado.

A denúncia, no entanto, para ser validamente recebida, deve observar os requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, identificação do acusado, classificação jurídica do fato punível, rol de testemunhas, quando necessário).

4.2. Ação penal pública condicionada

Sendo de iniciativa pública, nesta modalidade de ação a titularidade continua sendo do Ministério Público, que, entretanto, não pode agir de ofício, pois depende da prévia manifestação de vontade do ofendido ou do Ministro da Justiça, de acordo com o que estatuem os arts. 24 do Código de Processo Penal e 100 do Código Penal.

Tanto a representação quanto a requisição, de acordo com o posicionamento majoritário, são condições específicas de *procedibilidade* (sem elas, o processo não pode ter início).

Esta espécie de ação penal (pública condicionada) é cercada dos mesmos princípios da incondicionada. Como, no entanto, o Ministério Público não pode agir sem o pedido-autorização (representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça), entendemos existir um misto de oportunidade e obrigatoriedade. Referidos personagens (vítima e Ministro da Justiça) provocam o órgão estatal se entenderem oportuno e conveniente. Provocando, o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal.

4.2.1. Da representação do ofendido

A representação deve ser oferecida perante a autoridade policial, o Ministério Público ou o juiz, pelo ofendido ou por procurador com poderes especiais.

A única exigência no que concerne à forma da representação, é que seja *escrita* (se for oral, que seja reduzida a escrito), sem a necessidade de observar outras formalidades.

242. *Processo Penal Esquematizado*, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 165.

Basta, dessa forma, a manifestação inequívoca de vontade de querer ver o autor do crime sendo processado pelo Estado para, ao final, ser responsabilizado criminalmente.

A desnecessidade de se observar forma específica na representação é pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não há um formulário específico a ser preenchido, nem um padrão com texto obrigatório: basta qualquer manifestação escrita no sentido de querer representar.

Ensina **EDILSON MOUGENOT BONFIM** que:

“A determinação do art. 39, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido de que a peça deve conter todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria, não constitui exigência formal para que se repete válida a representação. De fato, a representação não precisa sequer ser expressa. A simples circunstância de que o ofendido se dirija à delegacia relatando a existência dos fatos criminosos demonstra sua concordância, podendo ser tomada como exercício da representação. A norma insculpida no referido § 2º constitui tão-somente, assim, ‘norma ritual’, nas palavras de Hélio Tornaghi. A representação, como mera autorização para que se proceda à investigação de um fato criminoso, não tem, por si só, essência investigativa, de modo que a circunstância de que não seja ela acompanhada de todas as informações necessárias para a apuração do fato não lhe pode acarretar nulidade”²⁴³.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“Nos crimes contra os costumes, uma vez atestada a pobreza da vítima, pela autoridade policial ou por outros meios de prova, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação, tendo o Ministério Público legitimidade para oferecer a denúncia. Inteligência do art. 225, § 1º, do Código Penal. A representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, sendo necessário apenas a vontade inequívoca da vítima ou de seu representante legal, mesmo que irrogada na fase policial. A miserabilidade pode ser aferida pela simples análise das condições de vida da vítima e representantes, não sendo indispensável o atestado de pobreza. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Recurso a que se nega provimento” (RHC 14321/SP – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias – j. 21/08/2007).

Nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), deveria a representação ser oferecida em juízo, tendo em vista o texto do art. 75 da Lei nº 9.099/95: “Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo”.

243. *Curso de Processo Penal*, 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

Na prática, entretanto, a manifestação da vontade tem ocorrido na fase policial (no termo circunstanciado) e a iniciativa vem sendo aceita sem maiores questionamentos, especialmente em razão da informalidade que rege os juizados especiais e da inexistência de forma rígida para veicular a manifestação da vontade.

Quanto à *legitimidade* para representar, temos:

(A) Quando a vítima for menor de 18 anos, somente o seu representante legal pode oferecer a representação: se a vítima não tem pai nem mãe, representa quem tem a guarda fática ou jurídica do menor.

(B) Se seus interesses colidem com os dos pais, nomeia-se curador especial. Note-se que de acordo com a maioria da doutrina, o curador nomeado não é obrigado a oferecer a representação, mas deve analisar o seu cabimento em consonância com os interesses do menor.

Neste sentido, **TOURINHO FILHO**:

“De se observar, ainda, que a nomeação de curador especial, pelo Juiz, não cria para aquele a obrigação de fazer a representação; deve o curador, isto sim, ponderar a conveniência de agir, só o fazendo se julgar oportuno. Do contrário, a representação tornar-se-ia obrigatória nesse caso, o que seria absurdo.”²⁴⁴

Se o menor não tem nenhum representante, também nomeia-se curador especial.

☒ ***E no caso de vítima com 17 anos casada, quem representa?***

Não há solução legal para a situação. Duas possibilidades são colocadas pela doutrina: 1) nomeia-se curador; 2) aguarda-se a vítima completar 18 anos e conta-se a decadência a partir desse dia. Essa é a melhor solução, a que melhor respeita a autonomia da vítima.

A pessoa jurídica, quando vítima de um delito, também pode oferecer representação, que será subscrita por quem o estatuto ou o contrato social indicar para responder pela sociedade em juízo ou, em caso de silêncio, por quem detiver poder de administração.

(C) Vítima maior de 18 anos: exclusivamente ela pode representar. Por força do Código Civil vigente, a capacidade civil plena se inicia aos 18 anos, razão pela qual não existe mais a dupla titularidade no caso de vítima maior de 18 a menor de 21 anos.

Diante disso, a súmula 594 do Supremo Tribunal Federal perdeu sentido. Seu texto dizia: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Importante sublinhar que essa súmula só regia a situação da dupla titularidade do direito de queixa ou de representação, daí concluir-se por sua inaplicação.

244. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 366.

(D) No caso de morte da vítima (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de representar passará ao cônjuge (ou companheiro), ascendente, descendente ou irmão (Código de Processo Penal, art. 24, § 1º).

Embora não haja disposição expressa, em razão do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição da República, deve-se entender possível também o exercício desse direito de representação pelo companheiro da união estável.

A representação não vincula o Ministério Público, titular privativo da ação penal, no que concerne à *opinio delicti*, pois ao órgão do *parquet* cabe analisar se os fatos apurados permitem o oferecimento da denúncia. Ou seja, mesmo que a vítima representar pela instauração da ação penal, sem os elementos probatórios mínimos, não há como o representante do Ministério Público oferecer a denúncia, sob pena de ser rejeitada pelo juiz, com base no art. 395 do Código de Processo Penal.

É possível que a vítima se retrate da representação até o oferecimento (não recebimento) da denúncia, conforme dispõem os arts. 25 do Código de Processo Penal e 102 do CP.

Da mesma forma, é possível que a vítima reconsidere a retratação, manifestando a vontade de ver processado o agente, desde que, obviamente, isto ocorra dentro do prazo decadencial.

No que concerne à representação na hipótese de coautoria, em que só tenha havido menção a um dos autores do fato criminoso, é possível ao Ministério Público denunciar todos os que concorreram para a infração penal, fenômeno conhecido como critério de extensibilidade da denúncia. Neste sentido, explica NORBERTO AVENA:

“A representação não se dá em relação a este ou àquele autor do delito, mas se refere ao fato praticado. Assim, perpetrado, em concurso de agentes, determinado crime de ação penal pública condicionada, ainda que oferecida representação nominal apenas em relação a um dos autores, aos outros se estenderão seus efeitos, legitimando o Ministério Público a ingressar com ação penal contra todos”²⁴⁵.

O prazo para representação é de seis meses, contado do dia em que o ofendido (ou seu representante legal) vier a saber quem é o autor do crime. Trata-se de prazo decadencial, que, portanto, não se prorroga, não se suspende e não se interrompe.

4.2.2. Da requisição do Ministro da Justiça

Há hipóteses em que a lei brasileira exige, para o início da ação penal, manifestação formal do Ministro da Justiça, que ocorre em alguns poucos casos:

(A) Nos crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, § 3º, b, CP);

245. Ob. cit., p. 167.

(B) Nos crimes contra a honra praticados contra Chefe de Governo estrangeiro (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP);

(C) Nos crimes contra a honra²⁴⁶ praticados contra o Presidente da República (art. 141, I, c.c. o parágrafo único do art. 145 do CP).

Em sentido corrente, requisição significa exigência (por exemplo: requisição de abertura de inquérito pelo Ministério Público – Código de Processo Penal, art. 5º). Mas quando nos referimos à requisição do Ministro da Justiça como condição de procedibilidade, a palavra requisição tem outro sentido: o de permitir a ação penal, o de autorizar a persecução penal.

O representante do Ministério Público, por conseguinte, ao receber a requisição que lhe é dirigida pelo Ministro da Justiça pode oferecer denúncia (se dispuser de dados suficientes), requisitar abertura de inquérito policial (se os elementos são insuficientes), promover o seu arquivamento ou requisitar documentos e informações de quem de direito (Código de Processo Penal, art. 47).

A natureza jurídica da requisição deve ser compreendida sob dois ângulos:

(i) Processual: tem natureza de condição específica de procedibilidade;

(ii) Administrativo: é um ato administrativo e político, daí sua facultatividade, cabendo ao Ministro da Justiça avaliar a conveniência política e a oportunidade de requerer (requisitar) a responsabilização penal do autor do fato por eventual ataque ao Presidente da República.

Ao contrário da representação, a requisição não se submete a prazo decadencial, razão pela qual pode ser feita a qualquer tempo, respeitado, obviamente, o prazo prescricional.

A lei processual não se refere à hipótese de retratação por parte do Ministro da Justiça. Há certa discussão doutrinária a respeito do tema.

MIRABETE, reconhecendo a controvérsia, leciona ser impossível a retratação do Ministro da Justiça:

“Mesmo porque não contempla a lei expressamente, como o faz na hipótese de representação, a possibilidade de revogação do ato de iniciativa do ministro. Aliás, embora seja ela um ato administrativo e inspirado por razões de ordem política, a requisição deve ser um ato revestido de seriedade e não fruto de irreflexão, leviana afoiteza ou interesse passageiro”²⁴⁷.

Em sentido diverso, sustenta GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

“É verdade que a lei menciona ser retratável, até a oferta da denúncia, apenas a representação, embora não vejamos qualquer óbice de

246. Note-se que, neste caso, se presentes os elementos descritos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/83 (Segurança Nacional), a calúnia e a difamação independem de requisição, pois que tipificadas no art. 26 daquela Lei, que não traz nenhuma condição de procedibilidade.

247. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 366.

se aplicar, por analogia, o mesmo dispositivo à requisição. Note-se que esta é apresentada em função de ato puramente discricionário e da conveniência política do Poder Executivo, razão pela qual, sob o mesmo argumento, poderia haver a retratação, desde que a denúncia não tenha sido oferecida e até que haja a extinção da punibilidade do agente. Se o particular pode retratar-se da representação já formulada, quais razões impediriam o Ministro da Justiça de fazê-lo? Seriedade é justamente evitar uma ação penal, que, por critérios de variadas origens, torna-se inconveniente, devendo não se manter a requisição pelo simples aforismo de que já foi formulada. Ademais, até o Ministro da Justiça pode ter deixado o cargo, razão pela qual a orientação pode ser outra”²⁴⁸.

Se duas (ou mais) pessoas cometerem crime contra o Presidente da República, prevalece bastar o Ministro da Justiça requisitar a responsabilidade de um deles. O Ministério Público, fiscal da indivisibilidade da ação penal, incluirá na denúncia todos os autores que, de qualquer modo, concorreram para o crime.

4.3. Ação penal de iniciativa privada

Na ação penal de iniciativa privada, o titular do direito de agir é o ofendido (quando conta com capacidade processual) ou seu representante legal (Código de Processo Penal, art. 30).

Trata-se, no caso, de substituição processual, em que o ofendido age em nome próprio defendendo interesse alheio (que é o direito de punir do Estado).

Pode ser de três espécies: a) exclusivamente privada; b) personalíssima; c) subsidiária da pública.

4.3.1. Ação penal exclusivamente privada

A ação penal privada exclusiva é exercida por meio da queixa-crime, peça acusatória que inicia o processo penal.

A queixa está para a ação privada como a denúncia está para a ação pública.

Os requisitos da queixa (art. 41 do Código de Processo Penal) são os mesmos já analisados para a denúncia.

Dessa forma, a queixa que não apresenta todos os requisitos legais é considerada inepta e deve ser rejeitada por inépcia formal.

De outro lado, queixa que não conta com justa causa (provas mínimas do fato e de autoria) deve ser rejeitada por inépcia material.

A ação penal privada é balizada por princípios próprios e comuns à ação penal pública. São eles:

248. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ªed. São Paulo: RT, 2005. p. 133.

(A) Princípio da oportunidade ou da conveniência: a vítima ingressa com queixa se quiser, ausente qualquer obrigatoriedade;

(B) Princípio da disponibilidade: a vítima pode dispor da ação penal privada por meio de institutos próprios (adiante estudados) que ensejam a extinção da punibilidade do Estado;

(C) Princípio da indivisibilidade: a vítima não pode escolher o réu, ou seja, deve mover a ação penal contra todos os autores conhecidos ou contra ninguém;

(D) Princípio da intranscendência: a ação não pode passar da pessoa do delinquente (porque a pena não pode passar da pessoa do condenado).

Quanto à **legitimidade** para oferecer a queixa-crime, praticamente tudo quanto foi dito em relação à legitimidade para representar tem valor aqui. Vejamos:

(A) Quando a vítima for menor de 18 anos: só representante legal;

(B) Vítima maior de 18 anos: exclusivamente a vítima;

(C) No caso de morte da vítima (ou se ela foi declarada ausente por decisão judicial), o direito de oferecer queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (Código de Processo Penal, art. 31). Considere-se que agora também o companheiro ou companheira conta com o mesmo direito;

(D) Direito de preferência: a preferência se dá na ordem da lei: cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão. Queixa proposta por um deles, afasta o direito dos subsequentes.

(E) Ação privada proposta por pessoa jurídica: é possível, por ex.: no crime de difamação. Quem oferece queixa é o representante legal da empresa, nos mesmos termos da representação.

Se a vítima for pobre, cabe à Defensoria Pública promover a ação penal privada, de acordo com o que dispõe o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09. Considera-se pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família (Código de Processo Penal, art. 32, § 1º) e será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido (Código de Processo Penal, art. 32, § 2º).

O Código de Processo Penal prevê o pagamento de custas processuais no art. 806. No Estado de São Paulo também é prevista a cobrança de custas nas ações penais privadas (Lei Estadual 11.608, de 29.12.2003).

Quanto aos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela sua incidência na ação penal privada: “É possível haver condenação em honorários advocatícios em ação penal privada. Conclusão que se extrai da incidência dos princípios da sucumbência e da causalidade, o que permite a aplicação analógica do art. 20 do Código de Processo Civil, conforme previsão constante no art. 3º do Código de Processo Penal” (STJ – AgRg no REsp 1218726/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Junior – DJe 22/02/2013).

O Ministério Público, na ação penal privada, participa como fiscal da lei. Por isso, é possível que adite a queixa em relação a aspectos formais. Reina na doutrina o dissenso a respeito da possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa para incluir outro agente.

Para alguns, agindo como fiscal da lei e zelando pela indivisibilidade da ação penal, poderá o membro do Ministério Público incluir novo réu mediante aditamento. Neste sentido, leciona **TOURINHO FILHO**:

“Se a queixa em relação a um ‘obrigará ao processo de todos’, parece óbvio que todos devem ser postos no pólo passivo da relação processual. E essa tarefa, nos termos dos arts. 48, 46, § 2º e 45 do Código de Processo Penal, compete ao Ministério Público, fazendo o aditamento”²⁴⁹.

Outros, no entanto, sustentam que o Ministério Público não pode aditar a denúncia para esta finalidade, pois que se trata de legitimidade exclusiva da vítima para agir. Neste caso, a exclusão de um dos agentes caracterizaria renúncia ao direito de queixa sobre ele, o que redundaria na renúncia também em relação ao querelado, em razão do disposto no art. 49 do Código de Processo Penal.

Por fim, há os que sustentam ser impossível o aditamento, mas não a determinação, pelo órgão do *parquet*, para que o querelante se manifeste a respeito de sua omissão. Neste sentido, **NORBERTO AVENA**, segundo o qual:

“Não será lícito ao Ministério Público aditar a queixa para nela incluir outros defensores, por importar em intromissão indevida na legitimação exclusiva do ofendido. Assim, para os defensores desta linha de pensamento, a referência de que o Ministério Público velará pela indivisibilidade não significa aditar no lugar do querelante, mas tão-só promover junto ao magistrado que seja aquele instado a incluir o co-autor ou partícipe faltante sob pena de ser reconhecida a ocorrência da renúncia tácita à ação penal”²⁵⁰.

O prazo para ingressar com a ação penal privada é de seis meses, contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato.

Trata-se, assim como na representação, de prazo decadencial, que não se prorroga, não se interrompe e não se suspende.

Há exceções legalmente previstas, como no caso do induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236 do CP), em que o prazo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença que anula o casamento. Bem assim, no caso do art. 184, caput, do CP, em que se procede mediante queixa, os arts. 529 e 530 do Código de Processo Penal impõem o prazo de 30 dias após a homologação do laudo pericial ou de 8 dias, no caso de prisão em flagrante.

249. Ob. cit., p. 462.

250. Ob. cit., p. 178.

Há divergência no que concerne à cessação do prazo decadencial se proposta a ação penal privada perante juízo incompetente.

NORBERTO AVENA expõe o assunto da seguinte forma:

“Entendemos, porém, que deverá haver a interrupção do prazo decadencial, tal qual tivesse a ação penal sido deduzida no juízo competente, pois, apesar do equívoco no ajuizamento, é certo que o ofendido não se manteve inerte no prazo legal. E a inércia é o fundamento da decadência do direito na ação penal privada. Assim, constatando não ser competente, deverá o magistrado encaminhar a inicial acusatória ao juízo que o seja, para que lá seja recebida e processada a queixa-crime, independente da circunstância eventual de, ao aportar naquele juízo a ação penal, já se ter esgotado o prazo de seis meses” ²⁵¹.

Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“Decadência. Queixa oferecida dentro do prazo mas perante juízo incompetente ‘ratione loci’. Irrelevante tal circunstância para o efeito de contagem do prazo decadencial. O que importa é a data do início da ação penal, ou seja do oferecimento da queixa-crime em juízo e não a do seu recebimento. Nulidade por incompetência do juízo só atinge os atos decisórios (art. 567, do Código de Processo Penal) e não os atos de instrução e seguimento. ‘In casu’, não se configurou a decadência. Recurso improvido” (RHC 63665/RS – Rel. Min. Djaci Falcão – j. 01/04/86).

4.3.2. Ação penal privada personalíssima

A diferença básica existente entre esta modalidade e a anterior reside na titularidade. Aqui, o direito de agir é atribuído única e exclusivamente à vítima. Não há, em nenhuma hipótese, a substituição do titular da ação penal. No caso de morte do ofendido, extingue-se a punibilidade. Se o ofendido for incapaz, deve-se aguardar a cessação da causa da incapacidade para que ele próprio ajuíze a ação penal.

NORBERTO AVENA traz interessante questão:

“Tomando-se por base o crime do art. 236 do CP, já que é a única hipótese de ação penal personalíssima no direito brasileiro, como fica a situação do contraente com 17 anos de idade que tenha sido enganado pelo outro cônjuge de forma a configurar as figura típica em exame? Não se duvida de que o casamento importa em emancipação, conforme reza o art. 5º, parágrafo único, inciso II, do Código Civil. Inobstante essa circunstância, é certo que a emancipação derivada do casamento subsiste tão-somente para os fins civis e não para os fins do direito processual penal. Nesta órbita, com efeito, o casamento não supre a incapacidade, continuando

251. Ob. cit., p. 177.

a vedação do emancipado para prática de atos processuais penais que exigem a idade de 18 anos como, por exemplo, para promover a ação penal. Assim, no caso de art. 236 do Código Penal, se o contraente enganado possuir idade inferior a 18 anos, a ação não poderá ser proposta por ele, pois não tem capacidade processual (ou seja, legitimidade para praticar atos válidos no processo), e nem tampouco poderá ele ser representado por outrem em face da natureza personalíssima da ação penal privada neste caso. Deverá, então, aguardar os 18 anos de idade, para somente após ajuizar a ação. Até lá, evidentemente, não correrá o prazo decadencial de seis meses (art. 38 do Código de Processo Penal)”²⁵².

4.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública

Ação penal privada subsidiária da pública é aquela proposta pelo ofendido por meio de queixa nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, titular privativo²⁵³.

Cumprе ressaltar, como já fizemos anteriormente, que o fato de o Ministério Público, ao receber o inquérito, determinar a realização de diligências, ultrapassando o prazo para o oferecimento da denúncia, não permite o ajuizamento da queixa subsidiária, pois não se trata de inércia neste caso. De igual forma, se o órgão do *parquet* promover o arquivamento do inquérito policial.

É possível a renúncia do titular da queixa substitutiva, fato, porém, que não impede o órgão do Ministério Público de oferecer denúncia, iniciando a ação penal pública (art. 29 do Código de Processo Penal).

Vê-se, pois, que se trata de ação facultativa, a ser exercida pela vítima no prazo decadencial de seis meses. Conta-se este prazo a partir da data em que termina o prazo da denúncia para o Ministério Público. Note-se que se a vítima não ajuizar a ação penal subsidiária no prazo de seis meses, não haverá impedimento para que o Ministério Público o faça, até que se transcorra o prazo prescricional.

Na ação penal privada subsidiária, o Ministério Público tem os seguintes poderes:

(A) Pode, desde logo, repudiar a queixa; nesse caso, todavia, passa a contar com a obrigação de oferecer denúncia substitutiva. Denúncia substitutiva, portanto, é a que deve ser oferecida pelo Ministério Público no lugar da ação penal privada subsidiária (Código de Processo Penal, art. 29) que foi refutada (repudiada);

252. Ob. cit., p. 193.

253. A ação penal privada subsidiária da pública é um **direito fundamental do cidadão**. Trata-se de garantia constitucional prevista no artigo 5º, LIX, da CF/88 e representa um verdadeiro controle do órgão ministerial, de forma a evitar que este deixe de atuar, dando a faculdade ao ofendido de exercer a sua pretensão nos casos em que o *parquet* incorre em desídia.

(B) Se o Ministério Público não repudiar a queixa subsidiária ele pode: aditá-la (com totais poderes de incluir novos autores, novos fatos etc.), intervir em todos os termos do processo, fornecer provas ou indicações delas e interpor recursos;

(C) De outro lado, se o querelante negligenciar, deve o Ministério Público retomar a ação como parte principal.

Se o Ministério Público entender que não há base (justa causa) para a ação penal, deve discordar da queixa apresentada e manifestar no sentido da sua rejeição.

No caso de vítima pobre, à Defensoria Pública cabe promover a ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, desde que já tenha sido criada e estruturada, caso contrário, a titularidade continua com o Ministério Público.

4.3.4. Institutos que ensejam a extinção da punibilidade nos crimes perseguidos mediante ação penal privada:

Ainda no que concerne à ação penal privada, há certos institutos que ensejam a extinção da punibilidade, todos já analisados no capítulo respectivo. São eles a decadência, a renúncia, o perdão do ofendido e a perempção. Vamos, aqui, apenas recordar seus conceitos.

(A) Decadência

A decadência é causa extintiva da punibilidade prevista no art. 107, inc. IV, do CP e consiste na perda do direito de ação em razão de não ter se iniciado a ação penal no prazo legal pelo querelante.

Em regra, a decadência se opera após o decurso de seis meses, prazo contado do dia em que se sabe quem foi o autor do fato. No caso da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, tem como termo inicial o dia em que se esgota para o Ministério Público o prazo para o oferecimento da denúncia.

O instituto da decadência, essencialmente processual, recai diretamente sobre o direito de ação, atingindo somente por via reflexa o direito material.

Conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar, o curso do prazo decadencial não é interrompido, suspenso ou prorrogado em nenhuma hipótese.

A decadência, na ação penal privada subsidiária da pública, não extingue a punibilidade, apenas impede o ofendido de agir em substituição ao Ministério Público, órgão este que não perde o direito de agir.

(B) Renúncia

A renúncia ao direito de queixa vem prevista inicialmente no art. 49 do Código de Processo Penal e se trata de instituto decorrente do princípio da oportunidade, traduzindo o exercício facultativo da ação por parte do seu titular.

Por renúncia entende-se o ato unilateral do ofendido ou de seu representante legal, abdicando do direito de promover a ação penal privada, extinguindo-se, assim, a punibilidade do Estado, sempre antes do início da ação penal.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. A expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 Código de Processo Penal). Importa renúncia tácita a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (ex: jantar o ofendido na casa do ofensor, após a prática do crime); não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (art. 104, parágrafo único).

Note-se que em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, perseguido mediante ação penal privada ou pública condicionada, a composição civil entre as partes, devidamente homologada, acarreta a renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação do ofendido (art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

De acordo com o que estatui o já mencionado art. 49 do Código de Processo Penal, a renúncia em favor de um coautor estende-se a todos. Em razão do princípio da indivisibilidade da ação penal privada, no caso de concurso de agentes, a renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos estenderá, importando em abdicção tácita (critério da extensibilidade da renúncia).

Essa regra não se aplica na hipótese em que, dentre várias vítimas, uma delas renuncia. A renúncia, neste caso, não se estende às outras, pois cada ofendido é titular de seu direito de queixa.

Na ação penal privada subsidiária da pública, é possível a renúncia, mas não afeta o direito de o Ministério Público agir (não ocorrendo a extinção da punibilidade).

(C) Perdão

O perdão do ofendido também é um instituto decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, autorizando o ofendido a abrir mão da ação já instaurada. É o ato pelo qual o ofendido ou seu representante legal desiste de prosseguir com o andamento de processo já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime e tem como efeito a extinção da punibilidade do Estado.

Para gerar a extinção da punibilidade é imprescindível que o perdão seja aceito (a recusa do querelado impede o efeito fatal).

O perdão do querelante subsidiário não extingue a punibilidade do querelado, assumindo o Ministério Público a titularidade da ação, dando prosseguimento ao processo.

(D) Perempção

A perempção, instituto também decorrente do princípio da disponibilidade da ação penal privada, significa a “morte” da ação penal já proposta. É uma sanção imposta ao querelante inerte ou negligente que implica na extinção da punibilidade e só existe na ação penal privada exclusiva e personalíssima, pois na subsidiária o Ministério Público assume a ação quando o querelante se mantém inerte.

O art. 60 do CP traz as hipóteses em que incide a perempção:

(A) Quando, iniciada a ação, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos (exemplo: o advogado ficou com os autos do processo

durante 30 dias para fazer as alegações finais e não fez). A sanção é automática e não há intimação prévia para agir. Existe corrente no sentido de que somente se reconhecerá a perempção em tal hipótese desde que seja regularmente intimado o querelante (ele e seu procurador) para a adoção das providências necessárias ao impulso do processo, utilizando subsidiariamente o Código de Processo Civil (art. 267, § 1º e art. 485, § 1º, do novo CPC). Note-se que os trinta dias devem ser ininterruptos (não são somados prazos parciais para se chegar a esse patamar).

(B) Quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparece em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo (cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão).

(C) Quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente pessoalmente. Ex.: quando o juiz marca a oitiva do querelante. Em outros atos processuais pode estar presente exclusivamente o advogado do querelante. Embora com entendimento em sentido contrário, não há que se falar em perempção quando da ausência do querelante à audiência de conciliação (art. 520, Código de Processo Penal), pois a queixa nesse momento ainda não foi recebida, não havendo relação processual.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo penal. Injúria real. Perempção. Queixa-crime. 1. Não ocorre perempção pela ausência do querelante à audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal, porquanto ainda não instaurada a relação processual (art. 60, III, do Código de Processo Penal). 2. Dissenso jurisprudencial não demonstrado. 3. Recurso não conhecido” (REsp 125022/PA – Rel. Fernando Gonçalves – j. 12/08/97).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“Não é obrigatório o comparecimento do querelante à audiência de tentativa de conciliação, de que trata o art. 520 do Código de Processo Penal” (HC 71219/PA – Rel. Sydney Sanches – DJU 16/12/94).

(D) Quando o querelante, nas alegações finais, deixa de formular pedido de condenação do querelado. Não é preciso usar a fórmula “peço a condenação”. Fundamental é se extrair da peça processual a conclusão de que se pretende a condenação. Nesta hipótese, ao reverso do que ocorre na ação pública (art. 385, Código de Processo Penal) não poderá o julgador prolatar sentença condenatória. No caso de crimes conexos, pode ocorrer a perempção para um deles e prosseguimento em relação ao outro.

(E) Quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Na hipótese de dois querelantes, a perempção aplicada em desfavor de um, não afeta o direito do outro.

Uma vez ocorrida a perempção, a ação penal não poderá ser reiniciada, pois ocorre, neste caso, a extinção da punibilidade.

4.4. Ação penal nos crimes complexos (art. 101 do CP)

Ocorre crime complexo quando se dá a fusão de dois ou mais crimes (roubo, latrocínio etc., são exemplos de crimes complexos). A ação penal nesse caso (de crime complexo) deve seguir a regra geral das ações penais (se o legislador nada diz sobre ela, é pública incondicionada). O art. 101 do CP é exemplo de artigo inútil.

4.5 Ação penal nos crimes contra a honra

Dispõe o art. 145 do CP que a persecução dos crimes contra a honra somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

O seu parágrafo único determina proceder mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código (*contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro*), e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo (*contra funcionário público, no exercício das suas funções*), bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código (*injúria preconceito*).

Do exposto, conclui-se:

1) Nos crimes contra a honra, a regra é perseguir a pena mediante ação penal privativa da vítima ou de seu representante legal;

2) Resultando na vítima lesão física (injúria real com lesão corporal), apura-se o crime mediante ação pública *incondicionada* (com o advento da Lei 9.099/95, temos doutrina lecionando ser pública *condicionada*, modalidade de ação agora cabível no caso do art. 129, *caput*);

3) Será penal pública condicionada à representação no caso de o delito ser cometido contra funcionário público, no exercício das suas funções (art. 141, II) e condicionada à requisição do Ministro da Justiça no caso do n. I do art. 141 (*contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro*).

A despeito da exceção trazida pelo parágrafo único em comento, veio à tona forte corrente sustentando, em casos tais, a admissibilidade da legitimação alternativa do Ministério Público e do agente público ofendido, nascendo, para este, um verdadeiro *direito de opção*.

Foi exatamente essa a posição adotada pelo Pretório Excelso, ao editar a Súmula 714: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

De acordo com o mesmo Tribunal (Supremo Tribunal Federal), se o servidor ofendido optar pela representação ao MP, fica-lhe preclusa a ação penal privada (STF, 1.ª T., HC 84.659-9-MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.06.2005, v.u., DJU 19.08.2005).

Com o devido respeito, pensamos que a opção por uma via (a da representação, por exemplo) não preclui a outra (a da queixa), desde que exercida dentro do prazo decadencial.

Tal enunciado, no entanto, trará consequências extras, pois, se a opção for pelo oferecimento de queixa-crime, caberá a incidência de algumas causas extintivas da punibilidade (perdão do ofendido, retratação etc.), até então incompatíveis com os princípios informadores da ação penal pública.

4) Com o advento da Lei 12.033/09, a pena do crime de injúria preconceito deixou de ser perseguida mediante ação penal de iniciativa privada, passando a legitimidade para o MP, dependendo de representação do ofendido (ação penal pública condicionada). A alteração legal deve respeitar os fatos pretéritos.

Entendemos, com o devido respeito aos que lecionam em sentido contrário, inaplicável o princípio processual penal do *tempus regit actum*, devendo a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, continuar sendo privada (queixa-crime), vez que, do contrário, estar-se-ia subtraindo inúmeros institutos extintivos da punibilidade ao acusado (ex.: renúncia, perdão do ofendido, perempção etc.). A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

4.6 Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual

Antes da Lei 12.015/09, a ação penal regra nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225. Havia quatro exceções:

(A) Procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

(B) Procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;

(C) Procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;

(D) A ação penal era *pública incondicionada*, de acordo com a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o crime de estupro for praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Agora, com a reforma, a regra estabelece que a ação penal é pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima é: I – menor de 18 anos; ou II – pessoa vulnerável.

☒ ***Nos casos em que a ação penal de iniciativa privada passou para pública, devem os fatos anteriores ser descritos em queixa-crime, oferecida pela vítima, ou em denúncia, proposta pelo Ministério Público?***

Como já alertamos no tópico referente à *ação penal nos crimes contra a honra*, certamente haverá aqueles que, norteados pelas regras do direito intertemporal no processo penal, lecionarão pela aplicação imediata da mudança, isto é, denúncia (não se observando o *tempus regit actum*).

Entendemos, com o devido respeito, que a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, deve continuar sendo privada (queixa-crime), vez que, do contrário, estar-se-ia subtraindo inúmeros institutos extintivos da punibilidade ao acusado (ex.: renúncia, perdão do ofendido, perempção etc.). A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

Aplicamos o mesmo raciocínio para os casos em que a ação pública condicionada passou a ser incondicionada.

Nas hipóteses de ação pública incondicionada que passaram para a regra (condicionada), entendemos que a análise exige separar duas situações:

(A) Se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exige essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995);

(B) Se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da novel lei.

☒ ***Por fim, qual a ação penal nos casos em que da violência resulta na vítima lesão grave ou morte?***

Antes do advento da Lei 12.015/2009 era de ação penal pública incondicionada (podia e devia o Ministério Público atuar sem nenhuma manifestação da vítima).

Por força da atual redação (ou omissão) do art. 225, a ação penal passou a ser pública condicionada.

O Procurador-Geral da República, acolhendo manifestação da Subprocuradora-Geral da República, **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**, ingressou com ADI (4.301), junto ao Supremo Tribunal Federal, solicitando o reconhecimento (inclusive liminar) da inconstitucionalidade do art. 225 do CP (sem redução de texto), para se admitir que a ação penal, no caso do estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, seria pública incondicionada.

Três foram os fundamentos invocados:

1º) Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana;

2º) Ofensa ao princípio da proteção eficiente (que nada mais significa que um dos aspectos do princípio da proporcionalidade);

3º) A possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento (de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave), porque passariam a exigir manifestação da vítima (sob pena de decadência).

LUIZ FLÁVIO GOMES discorda, argumentando:

“A nova norma (do art. 225 do CP) é razoável e equilibrada. Anudou bem em dispor que a ação penal, nos crimes sexuais previstos nos Capítulos I e II, seja, em regra, pública condicionada à apresentação da vítima. Nos crimes sexuais não existem interesses relevantes apenas do Estado. Antes, e sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.). O escândalo do processo, muitas vezes, só intensifica a ofensa precedente (gerando o que se chama, na Criminologia, de vitimização secundária). O legislador não ignorou esse aspecto (sumamente importante) da questão. Nada mais sensato, nos crimes sexuais em geral (e no estupro em particular), que condicionar a atuação do Ministério Público à manifestação de vontade da vítima. Imagine (por desgraça) um juiz, um procurador, um parlamentar etc. sendo vítima de um estupro. A publicidade que acarreta o processo pode potencializar (e normalmente potencializa) a ofensa. Pode ser que a privacidade seja melhor para a vítima (para que ela não sofra a vitimização secundária).

Tudo isso foi levado em conta na nova norma (que é sensata e proporcional). Não é ofensiva à dignidade da pessoa humana (ao contrário). Não espelha nenhuma deficiência protetiva (ao contrário). De outro lado, nos crimes sexuais, quando a vítima não tem interesse, o aspecto probatório resulta sensivelmente prejudicado. A conciliação dos interesses privados com o público é o melhor caminho nos crimes sexuais. Essa regra só foi excepcionada quando se trata de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável (o que também é sensato).

A ação penal no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, em síntese, é pública condicionada. Impossível aplicar o art. 101 do CP, por duas razões: 1ª) a norma do art. 225 do CP é especial (frente ao art. 101 que é geral); 2ª) a norma do art. 225 é posterior (o que afasta a regra anterior). Não vemos razão para alterar o quadro jurídico fixado pela Lei 12.015/2009. A tendência publicista do Direito não pode chegar ao extremo de ignorar complementemente os interesses privados da vítima, quando o delito atinge a sua intimidade, que é um dos relevantes aspectos (que lhe sobra) da sua personalidade.”²⁵⁴.

254. GOMES, Luiz Flávio. *Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 28 setembro de 2009.

BIBLIOGRAFIA

- AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações. Responsabilidade Civil. 12ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- BARROS, Flávio Monteiro de. Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais. 2ªed. São Paulo: RT, 2009, vol. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- BRANDÃO, Claudio. Teoria Jurídica do Crime. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal – Parte Geral . Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHC, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- COSTA JR., Paulo José da. Curso de Direito Penal. 12ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. Inatividade no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal-Parte Geral Tomo I. São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro– Parte Geral. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.

- FARIA, Helena Lopes de, MELO, Mônica de. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, São Paulo, Centro de Estudos, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Conduta Punível. São Paulo: José Bushatsky, 1961.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. Tomo I. v.1.
- GALVÃO, Fernando. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2003.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal – Vol. 1. Tomo I. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, vol. 2.
- GOMES, Luiz Flávio. Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condição. Disponível em <http://www.lfg.com.br> – 28 setembro de 2009.
- GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Porto Alegre: Revista Jurídica, Jul 2000.
- GRECO, Luis. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, vol. 1.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol. I. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2012.
- LUIZI, Luis. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: SAFEditor, 2003.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1964.
- MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 1988.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal – Parte Geral, 23ªed. São Paulo. Ed. Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas: São Paulo, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: GEN, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 4ed. São Paulo: RT,2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13ªed. São Paulo: RT, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, William Terra de, BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal-Parte Geral. São Paulo: Editora Método, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008. Tratado de Direito Penal Brasileiro, v. 1, 2, 3 e 4. São Paulo: RT, 2013.
- QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REALE JR. Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 130, p. 81, Brasília, Senado Federal, 1996.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. “Fundamentos e Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- ROQUE, Fábio Araújo. O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: Fórum, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TOLEDO. Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ªed.São Paulo: Saraiva. 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal(vols. 1 e 2). São Paulo: Saraiva. 2009.
- VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo – O Progresso ao Retrocesso. Coimbra: Almedina, 2010.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. 12ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009.